

Don/04



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

**LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MARCO DE
LA ECONOMÍA DE MERCADO: EL ARTÍCULO 38
DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA**

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

**Madrid
2004**

UNIVERSIDAD AUTONOMA MADRID REGISTRO GENERAL

Entrada 01 Nº. 200400013712 15/06/04 16:29:32
--

NAg

2689004

TD
602



(m)

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

**LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL MARCO DE
LA ECONOMÍA DE MERCADO: EL ARTÍCULO 38
DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA**

Tesis doctoral presentada por
ANTONIO CIDONCHA MARTÍN, para
la obtención del grado de doctor,
realizada bajo la dirección del
PROF. DR. D. MANUEL ARAGÓN
REYES, Catedrático de Derecho
Constitucional.

Madrid
2004

R.D. 134.117
UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE
MADRID
F. DE DERECHO
BIBLIOTECA
30 cm

UNIVERSITY OF
MICHIGAN
LIBRARY
ANN ARBOR, MICH.
48106-1069

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Introducción a la introducción	1
2. Una mirada hacia atrás	3
2.1. La libertad de empresa en el constitucionalismo liberal	3
2.2. La libertad de empresa en el constitucionalismo social	8
2.3. Sobre el proceso constituyente	12
3. Una mirada alrededor	15
4. Una mirada al presente	20
PRIMERA PARTE. LA ECONOMIA DE MERCADO	33
CAPITULO I. Aproximación económica a la economía de mercado (I)	35
1. Sentido de los capítulos I y II	35
2. La economía	36
3. Los sistemas económicos	42
3.1. Delimitación general	42
3.2. Sistemas económicos modernos	44
3.3. Sistema económico y sistema político	51
3.3.1. Los sistemas políticos	51
3.3.2. La compatibilidad entre sistemas políticos y sistemas económicos	55
3.4. Capitalismo <i>versus</i> socialismo	57
3.4.1. El principio	57
3.4.2. La naturaleza	59
3.5. El sistema económico capitalista: conclusiones provisionales	66
CAPÍTULO II. Aproximación económica a la economía de mercado (II)	69
1. El mercado	69
1.1. Concepto y función	69
1.2. Clases de mercados (en razón del objeto de intercambio)	72
1.3. Estructura básica del mercado	76
2. La determinación del precio en la economía de mercado	80
2.1. La determinación del precio en "competencia perfecta"	80
2.1.1. <i>Excursus</i> sobre la mano invisible	80
2.1.2. La teoría de la "competencia perfecta" y la determinación del precio	83
2.2. La determinación del precio en ausencia de "competencia perfecta"	90
3. Conclusiones definitivas	95
3.1. Mercado, economía de mercado y capitalismo	95
3.2. Mercado, competencia y competencia perfecta	98

4. Mercado e intervención pública	100
4.1. El fracaso del mercado	100
4.2. La intervención pública	106
CAPÍTULO III. Aproximación constitucional a la economía de mercado	
(I).....	109
1. El sistema económico de la Constitución	109
2. Precisiones conceptuales	116
2.1. Sobre la Constitución <i>material económica</i>	116
2.2. Sobre la idea de Constitución <i>económica</i>	121
3. Los enunciados económicos de la Constitución y su ordenación	127
3.1. Introducción	127
3.2. Los enunciados sobre el sistema económico	128
3.3. Los enunciados sobre la naturaleza del Estado con relevancia económica	132
3.3.1. El Estado Social.....	133
3.3.1.1. <i>Excursus</i>	133
3.3.1.2. Las normas constitucionales sobre el Estado Social (en sentido amplio)	139
A. Normas finalistas	139
B. Normas de competencia.....	143
C. Otras normas	145
3.3.2. El Estado Autonomico	147
3.3.2.1. Autonomía y unidad económica	147
3.3.2.2. La unidad de la política económica: la ordenación o dirección general de la economía	149
3.4. Conclusiones: las tensiones del orden constitucional económico	158
CAPÍTULO IV. Aproximación a la economía de mercado (II).....	163
1. La protección constitucional de la "economía de mercado"	163
1.1. El tipo de "economía de mercado" protegido por la Constitución	163
1.2. La protección constitucional de la economía de mercado <i>in toto</i>	173
2. La protección constitucional del mercado.....	177
2.1. El mercado, ¿instituto garantizado?.....	177
2.2. La "imagen maestra" del mercado.....	185
2.2.1. Lo que el mercado "es": el intercambio a través del mecanismo privado de los precios	186
2.2.2. Lo que el mercado "debe ser": un mercado libre y competitivo.....	193
2.2.2.1. La libertad de acceso al mercado	193
2.2.2.2. La competencia	194
2.3. Recapitulación y consecuencias: la garantía constitucional del instituto "mercado"	203
3. La protección constitucional de un mercado único: dimensión interna y comunitaria.....	208
3.1. La dimensión interna de la unidad de mercado	208
3.1.1. La unidad de mercado en general	209
3.1.2. La cláusula del artículo 139.2 de la Constitución en particular	211

3.1.3. La cláusula del artículo 139.1 de la Constitución.....	216
3.2. La dimensión comunitaria de la unidad de mercado.....	218
SEGUNDA PARTE. LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	233
CAPÍTULO V. Naturaleza de la libertad de empresa.....	235
1. El punto de partida: la libertad de empresa es un derecho fundamental.....	235
2. La libertad de empresa como derecho subjetivo	238
2.1. La delimitación positiva: concepto y estructura del derecho subjetivo.....	238
2.1.1. El concepto de derecho subjetivo	238
2.1.2. La estructura del derecho subjetivo	242
2.2. La delimitación negativa: la libertad de empresa no es una garantía institucional	247
2.2.1. Planteamiento del problema	247
2.2.2. La evolución del concepto de garantía institucional: de la contraposición a la influencia en el concepto de derecho fundamental.....	250
2.2.3. Un intento de clarificación	255
3. La libertad de empresa como derecho <i>fundamental</i>	263
3.1. El significado de la "fundamentalidad"	263
3.2. Las consecuencias constitucionales: referencia especial a la vinculación a los poderes públicos	265
A. La vinculación a los poderes públicos del derecho subjetivo	267
B. La vinculación de la dimensión objetiva de la norma de derecho fundamental.....	269
4. El tipo de derecho fundamental que la libertad de empresa es.....	274
5. Libertad de empresa y derechos fundamentales conexos	279
5.1. Libertad de empresa y libre elección de profesión	280
5.2. Libertad de empresa y derecho de propiedad	281
5.3. Libertad de empresa y derecho de asociación	283
CAPÍTULO VI. Ámbito de la libertad de empresa.	289
1. Sobre el sujeto y el objeto del derecho subjetivo: la controvertida noción de empresa.....	289
1.1. Planteamiento general	289
1.2. La perspectiva constitucional	292
2. El ámbito subjetivo	295
2.1. Sujeto activo: planteamiento general	295
2.2. Dos cuestiones particulares sobre la titularidad de la libertad de empresa: extranjeros y personas jurídicas	304
2.2.1. Los extranjeros y la libertad de empresa	304
2.2.1.1. Los extranjeros en general	304
2.2.1.2. Los extranjeros comunitarios.....	312
2.2.2. La empresa pública	320
A. La identificación de la empresa pública.....	321
B. La justificación constitucional de la empresa pública: de la subsidiariedad al interés general	324
C. Límites de la empresa pública	330

2.3. El sujeto pasivo de la libertad de empresa.....	335
3. Ámbito objetivo.....	343
3.1. El objeto de la libertad de empresa.....	343
3.2. Libertad de empresa, empresas educativas y empresas informativas	347
3.2.1. Libertad de empresa y empresas educativas.....	347
3.2.2. Libertad de empresa y empresas de comunicación	350
CAPITULO VII. El contenido esencial de la libertad de empresa	353
1. Introducción.....	353
2. La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa y el Tribunal Constitucional.....	354
2.1. La determinación positiva: el contenido <i>prima facie</i> de la libertad de empresa según el Tribunal Constitucional.....	355
2.2. La determinación negativa: los límites de la libertad de empresa y el Tribunal Constitucional	362
2.2.1. Los límites directos	363
2.2.2. Los límites indirectos	369
2.3. La compatibilidad entre el contenido esencial de la libertad de empresa y sus límites: el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa según el Tribunal Constitucional	371
3. El problema general y el problema particular en la doctrina	376
3.1. El problema general: absolutismo frente a relativismo	376
3.2. Absolutismo y relativismo en la libertad de empresa	383
4. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: mi posición	387
4.1. Premisa.....	387
4.2. Mi posición.....	391
5. La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa: mi posición.....	412
5.1. El contenido esencial de la libertad de empresa	413
5.2. El respeto al contenido esencial de la libertad de empresa.....	423
5.2.1. La barrera de intensidad <i>relativa</i> : el principio de proporcionalidad	423
5.2.1.1. El presupuesto	423
5.2.1.2. La idoneidad de las limitaciones legislativas de la libertad de empresa.....	426
A. El fin constitucionalmente legítimo.....	426
B. La idoneidad de la limitación	429
5.2.1.3. El subprincipio de necesidad	433
5.2.1.4. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	439
5.2.2. La barrera de intensidad <i>absoluta</i>	444
5.3. Las excepciones a la regla.....	448
5.3.1. Planteamiento general.....	448
5.3.2. La intervención de empresas.....	450
5.3.3. La reserva de recursos o servicios esenciales.....	453
5.3.4. La planificación.....	461

CAPITULO VIII. Otros aspectos	467
1. Libertad de empresa y reserva de ley	467
1.1. Significado de la reserva general de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales	467
1.2. El objeto reservado: la "regulación del ejercicio"	469
1.2.1. El problema general: ¿qué es "regulación del ejercicio" de los derechos fundamentales?	469
1.2.2. El problema particular: ¿qué es regulación del ejercicio de la libertad de empresa?	472
1.3. El sujeto de la reserva	475
1.3.1. La perspectiva horizontal: relaciones legislativo-ejecutivo en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa	475
1.3.2. La perspectiva vertical: Estado y Comunidades Autónomas en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa	479
2. Libertad de empresa y juez	486
2.1. Sobre la vinculación del juez a la libertad de empresa: consideraciones generales	486
2.1.1. La indeterminación de la norma de derecho fundamental: el último nivel	486
2.1.2. La doble vinculación del juez a la Constitución y a ley y la libertad de empresa	488
2.1.3. Ponderación judicial y libertad de empresa: conclusiones generales	491
2.2. Derechos fundamentales de los trabajadores ¿versus libertad de empresa? La posición del Tribunal Constitucional...	496
3. La dimensión objetiva de la norma de la libertad de empresa	506
3.1. En general	506
3.2. La defensa de la competencia: algunas precisiones	507
3.3. La liberalización: algunas consideraciones	516
CONCLUSIONES	529
BIBLIOGRAFÍA	543

INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN A LA INTRODUCCIÓN.

En la primera frase del enunciado del artículo 38 de la Constitución se dice lo siguiente: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». Al afrontar el significado de esta sintética fórmula, lo primero que me viene a la mente son unas acaso cursis palabras de un cuento de Borges. El cuento («Las ruinas circulares») trata de un hombre que se propuso la tarea de soñar otro hombre para –y esto es lo relevante- hacerlo real, de carne y hueso. El buen aprendiz de dios fracasa en un primer intento, y aquí es donde entra la (acaso) cursilada del genio literario: el soñador comprendió que su trabajo era «el más arduo que pueda acometer un varón ... mucho más arduo que tejer una cuerda de arena o que amonedar el viento sin cara».

Obviamente, las comparaciones son odiosas. Yo no pretendo soñar a nadie (además, la mayor parte de los sueños se roncan, dijo alguien). Lo que pretendo es desentrañar el significado de la citada fórmula. Pero sí tengo la sensación de enfrentarme a una tarea ardua, aunque quizá no tanto como tejer una cuerda de arena o amonedar el viento sin cara. Porque resulta que, por una parte, en los tiempos globalizadores que vivimos, el binomio libertad de empresa-economía de mercado está de moda, tiene más vigencia que nunca; pero por otra parte, la interpretación jurídica del mismo choca con evidentes dificultades, porque nuestra Norma Fundamental –que es hija de su tiempo-, contiene en su seno enunciados económicos potencialmente devastadores para la libertad de empresa. Como muestra, la segunda parte del enunciado del artículo 38; en él se dice que los poderes públicos aseguran el ejercicio de la libertad de empresa, pero también la defensa de la productividad, y añade que esta doble tarea de los poderes públicos ha de hacerse «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». ¿Qué quiere decir esto? ¿Significa que la libertad de empresa es un

derecho (si es que es un derecho) subordinado al interés general económico y a la planificación? ¿O quiere decir que libertad de empresa-economía de mercado y el interés general económico-planificación han de ser compatibles? Si esto es así (y parece que es así) ¿cómo se hacen compatibles ambos pares?.

Da la impresión de que el orden (¿orden?) constitucional económico se asienta en la tensión entre dos polos contrapuestos, que son como el *yin* (iniciativa privada y mercado) y el *yan* (intervención pública y planificación). Nuestra Constitución, en su afán por contentar a unos y a otros, ha planteado numerosos problemas a todo aquel que pretenda interpretar el enunciado del artículo 38 de la Constitución. De ahí que venga a cuento la cita de Borges, porque ardua es la tarea.

Mi intención es aproximarme al asunto desde una perspectiva jurídica y constitucional: este es un trabajo sobre un artículo de la Constitución. Pero el jurista necesita del auxilio de otras ciencias: aquí se requiere de la ayuda de la ciencia económica. A su vez, el constitucionalista precisa del apoyo de otras disciplinas jurídicas: aquí se ha pedido el auxilio del Derecho Económico, tanto público como privado, así como del Derecho Comunitario. Con estos mimbres abordo la interpretación del artículo 38 de la Constitución en dos partes. En una primera parte analizo el marco (la economía de mercado). Su delimitación demanda la colaboración de la ciencia económica, a lo que proveen los dos primeros capítulos; una vez hecha la delimitación económica, se impone la delimitación jurídico-constitucional, a lo que dedico los capítulos III y IV. En una segunda parte analizo la libertad (la libertad de empresa). La primera tarea consiste en saber lo qué es —en mi opinión un derecho fundamental— y de ello se ocupa el capítulo V. Desentrañada su naturaleza de derecho fundamental, los dos capítulos siguientes abordan sucesivamente su ámbito (capítulo VI) y su contenido esencial (capítulo VII); este último es quizá el asunto crucial de la tesis y es en el que más me detendré. Por último, el capítulo VIII aborda otros aspectos del derecho que merecen consideración.

Pero antes de entrar en esta materia "incoherente y vertiginosa" (una vez más recurro a Borges), no es nada ocioso (todo lo contrario) echar una mirada al pasado y alrededor de la libertad de empresa, como también al presente que condiciona su interpretación constitucional. A ello responden las siguientes páginas.

2. UNA MIRADA HACIA ATRÁS.

2.1. La libertad de empresa en el constitucionalismo liberal.

2.1.1. Se ha dicho hasta la saciedad que las Constituciones del siglo XIX eran ajenas a la economía, en coherencia con el tipo de Estado de la época (Estado liberal), cuya posición en lo económico era de no intervención. Se entendía que el orden económico capitalista era un orden regido por leyes económicas naturales (la célebre mano invisible) que, por tanto, no requería regulación externa¹. Habrá que esperar al siglo XX para que las Constituciones se ocupen de la economía, mediante la incorporación a sus textos de preceptos económicos, coincidiendo con el cambio en la posición del Estado (de *liberal* a *Social*), que pasa a intervenir generalizadamente en la actividad económica. En definitiva, si las Constituciones del siglo XIX tenían por objeto sólo la regulación del

¹ Se pregunta Aurelio MENÉNDEZ qué función desempeña entonces el Estado respecto de ese orden natural: una función de seguridad jurídica («El Estado nace para producir *certeza y seguridad*») y declarativa («El Estado sólo ha de "descubrir" las leyes inmutables de la naturaleza y asumirlas como propias»). En fin, también se pregunta cuál es el contenido mínimo de ese Derecho de la naturaleza que el Estado debe declarar: «la *propiedad* y la *libertad*, que el Estado debe asegurar para que, entre otras cosas, el *sistema de mercado* funcione eficazmente» [MENÉNDEZ, A.: «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española»; en VV. AA: *Centenario del Código de Comercio*, vol. I (Ministerio de Justicia, 1986), págs. 45 y ss; las citas en las págs. 48 y 49].

Estado, las Constituciones del siglo XX regularán no sólo el Estado, sino el conjunto de la economía y de la sociedad.

Lo anterior tiene mucho de tópico y, aunque los tópicos contienen siempre alguna verdad, no reflejan toda la verdad. En rigor, las Constituciones del siglo XIX no eran ajenas a la economía. Para empezar, en todas ellas aparecen cláusulas económicas, aunque referidas a la organización del Estado (economía *pública*): las dedicadas a la Hacienda Pública. Pero, además, como ha puesto de relieve ARAGON REYES, las Constituciones decimonónicas también se ocupaban de la economía *privada*, bien que de forma implícita: «al consagrarse en ellas no sólo la libertad política, sino también la libertad individual en su entendimiento más amplio (incluyendo, claro está, la libertad económica) y al garantizarse como uno de los derechos más fundamentales el de la propiedad privada, la norma constitucional no “regulaba” exactamente un “sistema” social y económico, pero lo “proclamaba”: el de libre iniciativa o, en otras palabras, el de autonomía individual, esto es, y en términos económicos, el de la economía de mercado»². Las Constituciones del siglo XIX se desentendían de la regulación de la economía porque proclamaban implícitamente un sistema económico, el de economía de mercado *libre* (o economía de mercado *pura*), que desaconsejaba la regulación pública y que, por el contrario, demandaba la autorregulación privada. La no regulación constitucional era una opción consciente, consecuencia del sistema económico implícitamente proclamado, que forzosamente dejaba lo económico fuera de la Constitución³.

² ARAGÓN REYES, M.: «Constitución económica y libertad de empresa»; en *Libertades económicas y Estado Social* (Mac Graw Hill, 1995), pág. 1 y ss. La cita, en la pág. 4.

³ Hay que decir, en honor a la verdad, que la ausencia de regulación constitucional no vino acompañada en la realidad de la ausencia de intervención estatal: mediante leyes, reglamentos o actuaciones concretas, el Estado interviene en la economía, pero no para debilitar el sistema económico sino, al contrario, y como apunta BASSOLS COMA, «para fortalecer y consolidar la estructura capitalista: construcción de infraestructuras, fomento del industrialismo, proteccionismo aduanero y fiscal, creación de servicios educativos y asistenciales de puro sostenimiento de los indigentes» [BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico* (Tecnos, 1995), pág. 24]. La

En definitiva, la "Constitución económica negativa" del Estado Liberal (la expresión es de A. MENÉNDEZ) se pone al servicio del orden económico capitalista desde una doble vertiente: una material (ya resaltada), el reconocimiento de los «derechos fundamentales inviolables a la *libertad* y la *propiedad*» (y en torno a estos pilares básicos se articula el Derecho Privado); otra formal, la afirmación de la ley como norma general, igual para todos (opuesta a las normas particulares- los privilegios- del Antiguo Régimen), bajo cuyo manto protector pueda desarrollarse la competencia en condiciones de igualdad.

En este contexto, la libertad económica no aparece expresamente proclamada en las Constituciones: está presupuesta, bien dentro de la libertad, bien –y sobre todo- como corolario necesario de la propiedad privada. En palabras del propio Aurelio MENÉNDEZ, «para que la propiedad privada ... se manifieste de modo efectivo, se requiere el desarrollo de ciertas libertades colaterales, concretamente la libertad de comercio y la libertad de empresa»⁴. Para ser más precisos en términos históricos, hay que hablar de libertad de *comercio* e *industria*, que es la forma en que se manifestó lo que hoy es la libre iniciativa económica, y, entre nosotros, la libertad de empresa. Y, para ser aún más precisos, la libertad económica se afianza primero como libertad de *comercio*; sólo andando el siglo XIX, cuando se desarrolla el capitalismo industrial, se puede hablar también de libertad de *industria*.

2.1.2. Estas consideraciones generales son perfectamente aplicables a nuestro país, que no ha sido diferente en lo *constitucional económico* al resto del occidente europeo, como tampoco ha sido diferente en lo

intervención estatal infraconstitucional no impugna el sistema sino que lo apuntala.

⁴ MENÉNDEZ, A.: «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española»; en VV. AA: *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, *ob. cit.*, pág. 46.

económico⁵. En nuestras Constituciones decimonónicas no encontramos más cláusulas económicas que las relativas a la Hacienda Pública y a la garantía de la propiedad privada (con regulación de la expropiación forzosa previa indemnización y proscripción de la pena de confiscación de bienes) y, en algún caso, a la extensión de la libertad de comercio e industria a los extranjeros (artículo 25 de la Constitución de 1869 y artículo 2 de la Constitución de 1876)⁶. Como dice MARTÍN-RETORTILLO, a lo largo del siglo XIX, la libertad económica «aparece como algo tan natural que, cuando la refieren los textos constitucionales [...] lo hacen de forma un tanto indirecta: ni más ni menos, que al señalar que los extranjeros –y, naturalmente los nacionales– pueden establecerse libremente en territorio español y ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión»⁷.

Es la legislación ordinaria la que afirmará progresivamente el sistema de libertad económica, a partir del orden económico proclamado –más

⁵ En efecto, nuestra economía ha seguido en los dos últimos siglos las pautas generales de todo el occidente europeo –crecimiento económico de signo capitalista–, con una sola particularidad, compartida con otros países meridionales (Grecia, Portugal e Italia): el atraso en la incorporación al sistema capitalista y, correlativamente, el atraso en nivel de bienestar respecto de los países europeos más pujantes. Véase en este sentido GARCÍA DELGADO, J.L. y JIMÉNEZ, J.C.: «El proceso de modernización económica: perspectiva histórica y comparada»; en GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.): *España, economía: ante el siglo XXI* (Espasa Calpe, S.A., 1999), pág. 7 y ss.

En relación con la etapa histórica que en este apartado se analiza (el siglo XIX), distinguen los arriba citados tres grandes períodos. El **primero** coincide con el tercio inicial de la centuria y «resulta expresivo del atraso económico que acompañó a la crisis del antiguo régimen, dejando un incómodo legado de rigideces institucionales y de estorbos ... difíciles de remover». El **segundo** abarca el tercio central del siglo (el de la era *isabelina*), y es «el de la creación de las precondiciones institucionales para el surgimiento del capitalismo [...]». Son estos años medulares del ochocientos, de sensibles estímulos a la formación de capital, en particular los del *Bienio progresista* (1854-1856), los que pudiéramos llamar *fundacionales* del capitalismo español». El **tercero** coincide con el reinado de Alfonso XIII y la época de la Regencia, y se caracteriza «por un viraje proteccionista en la orientación exterior de la economía, predominante también en el resto de Europa occidental». Las citas, en la página 10.

⁶ En la Constitución de Cádiz no se dice nada sobre la libertad de comercio e industria, pero su artículo 131 enumera entre las facultades que competen a las Cortes la de «promover y fomentar toda especie de industria y remover todos los obstáculos que la entorpezcan». Este artículo presupone el reconocimiento de una libertad que hay que alcanzar.

⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho Administrativo Económico*, vol. I (La Ley, 1988), pág. 130.

negativamente que positivamente, por las Constituciones⁸. En resumen, y siguiendo la exposición de Aurelio MENÉNDEZ, tenemos que es en los decretos de las Cortes gaditanas de 8 de agosto de 1813 donde se consagran por primera vez con claridad las libertades de comercio e industria, la libertad de circulación y la libertad de precio de las mercancías. Sin embargo, el retorno de Fernando VII y, con él, del absolutismo, pone fin a la obra gaditana, también en lo económico. Hay que esperar a la regencia de María Cristina para que se reanude el proceso liberalizador: por Real Decreto de 6 de diciembre de 1836 se restablecen los decretos gaditanos y, con ello, las libertades por estos proclamadas⁹.

Corolarios indispensables de la garantía de la libertad económica eran el desmantelamiento de la organización gremial y la unificación del mercado nacional: a lo primero proveerá el citado Real Decreto de 1836¹⁰, a lo segundo proveerán las leyes de 16 de agosto de 1841 (art. 16) y el Decreto de 29 de octubre de ese mismo año (art. 9), tras los cuales se hace realidad la libre circulación de mercancías dentro del territorio nacional. Por último, también es derivación necesaria de la libertad

⁸ «Un orden económico construido alrededor no ya de la propiedad señorial, sino de la propiedad privada, conformado no ya por el privilegio, sino por la norma general (igualdad civil), y organizado no ya en torno al *status*, la decisión soberana y el contrato intervenido, sino en torno a la libertad contractual y de comercio e industria» [MENÉNDEZ, A.: «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española»; en VV. AA: *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, *ob. cit.*, pág. 52].

⁹ La libertad del precio del dinero será reconocida más tarde, con la Ley de 14 de marzo de 1856.

¹⁰ El artículo 1 declara que todos los españoles pueden «establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna». El artículo 2 añade que pueden «ejercer libremente cualquier industria u oficio sin necesidad de examen, títulos o incorporación de gremios respectivos».

Es cierto que el Código de Comercio de 1829 establecía en su artículo 1 la inscripción en la matrícula de comerciantes, pero esta inscripción «ni es gremial ni cumple funciones limitadoras de la competencia [...] responde más bien a la idea de un censo profesional y opera sólo a efectos de regularidad [...]. Por eso entendemos que la inscripción en la matrícula no tenía carácter constitutivo y operaba sólo a efectos registrales; se explica así que una vez declarada la libertad de industria y comercio sea justamente cuando se acentúa la formalidad y el cumplimiento del requisito de la matrícula» [MENÉNDEZ, A.: *ibidem*, pág. 72].

económica la libertad contractual o, lo que es lo mismo, la autonomía de la voluntad; a este respecto, dice MENÉNDEZ que el dogma de la autonomía de la voluntad «puede darse por afirmado en la época revolucionaria del reinado de Isabel II, aunque su formulación positiva no tiene lugar hasta la promulgación del Código civil (arts. 1255 y 1091)»¹¹.

Este es, en síntesis, el panorama de la entonces libertad de comercio en industria en el constitucionalismo decimonónico: una libertad no proclamada –por presunta-, pero hecha realidad progresivamente –con algún paso atrás– mediante decretos, y culminada con la aprobación de los actuales Código de Comercio y Civil en la década de los ochenta. Justamente una década en la que se produce en nuestro país el viraje hacia un proteccionismo económico (fenómeno común a toda la Europa occidental) que contradice los postulados de libertad económica implícitos en la “Constitución económica” y que anuncia los cambios que se producirán en el siglo XX.

2.2. La libertad de empresa en el constitucionalismo social.

2.2.1. Como se ha visto, ni el Estado ni el constitucionalismo del siglo XIX fueron ajenos a la economía. Lo que en el siglo XX se produce es, sencillamente, un cambio de perspectiva en el papel del Estado sobre la economía y, en consecuencia, una transformación interna del sistema económico capitalista en los países en los que no fue sustituido por el socialismo planificador. Por causas de sobra conocidas, el Estado interviene, primero en las relaciones de trabajo (postrimerías del siglo XIX y principios del siglo XX) y, después, en la economía en general, en un proceso que se inicia en la primera guerra mundial, que continúa en el período de entreguerras y que se consolida tras la segunda guerra mundial. Esta intervención generalizada en la economía se produce, bien

¹¹ MENÉNDEZ, A.: *ibidem*, pág. 59.

absorbiéndola por entero (Estados totalitarios), bien regulándola e incluso participando en ella como un actor económico más (Estados Sociales y Democráticos de Derecho); en el primer caso genera un nuevo sistema económico (el socialismo planificador), en el segundo un cambio interno del sistema económico capitalista o de economía de mercado (capitalismo *social* o economía de mercado *intervenida*).

En los países democráticos, la transformación tanto *en* el Estado como *en* el sistema económico tendrá repercusiones constitucionales: si antes no era necesaria regulación constitucional del sistema económico (tan sólo garantía del mismo, es decir, garantía de la libertad económica, de la libertad a secas), ahora sí es necesaria, habida cuenta de que, frente a la economía de mercado *pura*, la economía de mercado *intervenida* «requiere de más cantidad de normas a él dedicadas porque requiere de mayores limitaciones a la libertad (que sólo por el Derecho pueden imponerse) y de mayor protagonismo del Estado (al que sólo por el Derecho pueden atribuírsele competencias)»¹². En definitiva, las Constituciones, que nunca habían sido ajenas a la economía, dejan de ocuparse de ella en sentido *negativo* (ya no se puede hablar de una Constitución económica negativa), e irrumpen como normas que se ocupan *en positivo* de la actividad económica privada, para limitarla, aunque también para garantizarla.

2.2.2. Nuestro país tampoco va a ser original en este punto¹³. Será ya en el siglo XX, con la Constitución de 1931, cuando se regule por primera

¹² ARAGÓN REYES, M.: «Constitución económica y libertad de empresa»; en *Libertades económicas y Estado Social*, ob. cit., pág. 6.

¹³ Para completar la evolución económica de nuestro país con lo acontecido en el siglo XX, acudo de nuevo al tándem GARCÍA DELGADO-JIMÉNEZ [en «El proceso de modernización económica: perspectiva histórica y comparada»; en GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.): *España, economía: ante el siglo XXI*, ob. cit.; en particular, págs. 11 y ss]. El primer tercio del siglo es de crecimiento y modernización económica en diversos campos (agricultura, industria o finanzas). A ello sigue un bache profundo, que se extiende desde mediados del decenio del 1930 hasta comienzos de 1950. El bache empieza a recortarse desde finales de los 50.

vez la intervención del Estado en la economía. Como dice BASSOLS, «la Constitución de 1931 será la primera Constitución económica en sentido moderno ... que ha tenido nuestro país», porque, al mismo tiempo que opera una distribución de competencias económicas entre el Estado y las Regiones en consonancia con el Estado integral proclamado, «articula un sistema de equilibrio entre el esquema de la organización económica liberal y las nuevas tendencias intervencionistas de signo socializador y planificador»¹⁴. En ella se reconocía la libertad de comercio e industria (junto con la libertad de elección de profesión), pero se admitía su limitación por motivos económicos y sociales de interés general impuestos por las leyes (art. 33); y también se reconocía la propiedad privada, pero se admitía que podía ser socializada y que el Estado podía intervenir por ley industrias y empresas cuando lo exigiera la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional (art. 44). Sobre el primero de esos preceptos tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal de Garantías Constitucionales: por un lado, para declarar inconstitucional toda limitación de la libertad de comercio e industria llevada a cabo por reglamento o acto administrativo (sentencias de amparo de 3 y 9 de julio de 1935, 25 de noviembre de 1935 y 17 de marzo de 1936); por otro, para verificar la compatibilidad entre esa libertad y las medidas de racionalización de la economía nacional (sentencia dictada en recurso de inconstitucionalidad de 2 de julio de 1936)¹⁵.

Desde entonces hasta el fin de siglo, en nuestro país se ha producido una extraordinaria transformación económica. Los autores citados sintetizan esta transformación en tres líneas principales, que se han ido solapando en el tiempo: la *desagrarización* –que recibió su impulso fundamental en los decenios de 1950 y 1960–, que dará paso a una estructura productiva de corte industrial y, desde los ochenta, cada vez más terciarizada; la *apertura al exterior*, que se activó (pero sólo se activó) a partir de 1959 y que culminará con nuestra integración en las Comunidades Europeas (en 1986); por último, la *creación (con todas las limitaciones que se quiera), de un estado del bienestar*, logro del último cuarto de siglo, sólo factible a partir de la reforma tributaria de 1977-1978 y sobre la base del acuerdo político reflejado en los *Pactos de la Moncloa*. A esta línea añaden los autores (en el momento en que se publica el libro –1999) una cuarta línea incipiente: la *cultura de la estabilidad*, patente sobre todo en los precios y en las cuentas públicas. Parece que, ya entrados en el siglo XXI, esta cultura de la estabilidad se ha consolidado, sin duda impulsada por la Unión Europea.

¹⁴ BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, ob.cit., pág. 55.

¹⁵ BASSOLS COMA, M.: *ibidem*, pág. 58.

Tras la guerra civil, el largo período de la dictadura franquista se caracterizará por una práctica intervencionista cambiante (en tanto se fue adaptando a la evolución económica nacional en internacional) y, sobre todo, desvinculada de lo dispuesto en las leyes fundamentales. Recuérdese que en la declaración XI del Fuero del Trabajo se reconocía la «iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica»¹⁶; y que el principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional proclamaba que «la iniciativa privada [es] fundamento de la actividad económica». A pesar de estas declaraciones, y a pesar de que también en las leyes fundamentales se proclamaba el principio de subsidiariedad¹⁷, lo cierto es que, hasta el famoso Plan de estabilización de 1959, la vida económica de nuestro país estuvo presidida por un intensísimo intervencionismo económico que casi asfixiaba la iniciativa privada; eran los años de la autarquía, en los que el sistema económico se configuraba en la práctica como de capitalismo *dirigido*¹⁸. Será con el Decreto-Ley 10/1959 cuando el gobierno, forzado por la crisis económica a que había conducido la autarquía, decide liberalizar la economía y abrirse al exterior. El intervencionismo económico en los sesenta se relaja, aunque sigue siendo vigoroso¹⁹. Pero, aún con ese intervencionismo, el crecimiento económico

¹⁶ Bien es cierto que en ese mismo artículo consideraba el sistema económico como una «unidad económica al servicio de la Patria y por una subordinación de todos los factores de la producción al supremo interés de la Nación».

¹⁷ Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VI, apartado 2.2.2.B).

¹⁸ Sobre el capitalismo *dirigido* como sistema económico, vid. *infra*, capítulo I, apartado 3.2.

¹⁹ Nuevos cauces y resortes intervencionistas entraron en escena con los Planes de Desarrollo. Como dicen GARCÍA DELGADO y JIMÉNEZ, «al tiempo que se orientaban las inversiones hacia los sectores *de base*, y se forzaban las transformaciones sectoriales, se favorecían posiciones de dominio de mercado antes que de libre concurrencia, alimentando rigideces en el sistema que, luego, con la crisis desencadenada en la economía mundial a partir de 1973, habrían de constituir un pesado lastre». Estas hipotecas se concretarán especialmente en tres áreas: «Por un lado, en el sector financiero, con una banca más poderosa y rentable que eficiente, cuyos altos costes de intermediación repercutirían, en los años de la crisis, en el sector real de la economía española. Por otro, en el mercado de trabajo, producto de esa especie de "pacto implícito" —la expresión es de Fuentes Quintana— por el que el Estado concedía fijeza al empleo a cambio de financiación privilegiada a las empresas, aunque fuera a costa de negar los derechos básicos para la defensa libre de los intereses de los trabajadores y los empresarios. Finalmente, en el sector público, donde, contrastando con su raquítica dimensión, se había dado cita toda suerte de

fue excepcional (con tasas de crecimiento medio del 5 por ciento), el propio, por otra parte, de países en vías de desarrollo²⁰.

2.3. Sobre el proceso constituyente.

El punto y final de esta evolución lo representa la Constitución actualmente vigente, que sigue la estela de la Constitución republicana del 31, tras el largo paréntesis del franquismo. Una Constitución que, por cierto, se elaboró en plena crisis económica. Mi objetivo es analizar el artículo 38 de la Constitución, en el que se reconoce no la vieja libertad de comercio e industria, sino la nueva libertad de empresa y, además, ese reconocimiento se hace en un marco explicitado por primera vez, la economía de mercado. Este artículo se sitúa dentro de un contexto, el del entero conjunto de las cláusulas económicas de la llamada "Constitución económica". Sobre su gestación y sobre el proceso constituyente en lo económico ya se ha escrito prácticamente todo lo que hay que decir²¹. Aquí sólo procede hacer algún apunte sobre elaboración del artículo que nos ocupa que, en verdad, tuvo poco recorrido²².

El artículo 32 del Anteproyecto de la Constitución, elaborado por la Ponencia Constitucional, tenía dos apartados. En el primer apartado se decía: «Se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada. La

instrumentos y resortes administrativos con los que interferir en la actividad mercantil, aunque no con los que ejercer una efectiva acción anticíclica» [GARCÍA DELGADO, J.L. y JIMÉNEZ, J.C: «El proceso de modernización económica: perspectiva histórica y comparada»; en GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.): *España, economía: ante el siglo XXI*, ob., cit., pág. 23].

²⁰ El crecimiento económico español «se basó en el aprovechamiento de unos recursos potenciales que la favorable coyuntura internacional permitía incorporar a los distintos procesos productivos, en concreto, energía relativamente barata, tecnologías accesibles, ampliados flujos de capital (de turistas, emigrantes e inversores extranjeros ...) y mano de obra abundante» [GARCÍA DELGADO, J.L. y JIMÉNEZ, J.C: *ibidem*, pág. 22].

²¹ En DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1984). En concreto, al asunto dedica DE JUAN toda la Primera Parte de su excelente libro.

²² Toda la información que doy la he obtenido (¡cómo no!) de *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (Cortes Generales. Servicio de Publicaciones. 1980), 4 volúmenes.

ley regulará su ejercicio, de acuerdo con los intereses económicos generales». Junto a él había un segundo apartado, en el que se hace una explícita mención a la libertad organizativa del empresario en su relación con los trabajadores: «El empresario tiene derecho a establecer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad y a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones expresas que al ejercicio de estos derechos pueda establecer la ley». Por lo demás, la libre iniciativa económica privada gozaba de la protección del recurso de amparo (artículo 45.2 CE), toda vez que no había subdivisión alguna en el Capítulo II: todos los derechos de este capítulo gozaban de esta protección procesal.

Lo cierto es que la izquierda (socialistas y comunistas) no mostró oposición al apartado 1: tan sólo se propuso que se reconociera en el mismo la iniciativa pública²³. Su preocupación se dirigió contra el apartado 2, cuyo contenido lo consideraban inadmisibles, y cuya supresión se pidió abiertamente²⁴. Por su parte, desde el centro se propuso añadir el adjetivo "social" a la referencia a la economía de mercado²⁵, e incluso una referencia a un estatuto de la empresa²⁶. Relevante fue el voto particular de Manuel Fraga, que propuso una redacción del apartado 1 del artículo

²³ Enmiendas 256 (socialistas de Cataluña) y 344 (grupo socialista del Congreso) al Anteproyecto de Constitución. La excepción la representó la extrema izquierda nacionalista. En concreto, en la enmienda 34 de Letamendía (diputado de *Euzkadi* *Ezquer*, por entonces partido nada moderado), se proponía la siguiente redacción: «La Ley regulará el ejercicio de la iniciativa económica, de acuerdo con los intereses generales».

²⁴ Los ponentes socialista (Peces-Barba) y comunista (Solé Tura), pidieron la supresión del apartado. En trámite de enmiendas, la izquierda propuso, bien la supresión (enmiendas 64 de Letamendía, 257 de Socialistas de Cataluña y 706 del diputado Ramos Camarero, del grupo comunista), bien su sustitución por un texto radicalmente distinto (enmienda 485, firmada por los diputados Caamaño Bernal y Morodo Leoncio: «2. Los poderes públicos promoverán la creación de empresas autogestionadas por sus propios trabajadores»).

²⁵ Enmienda 451 de Güel de Sentmetnat («Se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada, en el marco de la economía social de mercado. La Ley regulará su ejercicio, de acuerdo con los intereses económicos generales»); y 779 de la UCD («El Estado reconoce el derecho a la libre iniciativa privada y garantiza un sistema de economía social de mercado»).

²⁶ Enmienda 736 del diputado Ortí Bordás (de la UCD): «1. Se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada. La Ley regulará su ejercicio, de acuerdo con los intereses económicos generales, y establecerá un estatuto de la empresa».

32 casi idéntica a la actual redacción del artículo 38²⁷. Este fue el caso también de la enmienda 136 de la minoría catalana²⁸.

En el Informe de la Ponencia, la UCD impuso su criterio, con el apoyo de la minoría catalana y de AP, con la abstención del grupo comunista y la oposición del grupo socialista. El texto del ahora artículo 34 rezaba así en su apartado 1: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»²⁹. Esta es la redacción del actual artículo 38, y el cambio respecto de la redacción del Anteproyecto es importante: la libertad que se reconoce será ahora la libertad de empresa; se introduce la mención a la economía de mercado (sin el adjetivo "social"); la referencia a la productividad sale del apartado 2 y pasa a incorporarse al enunciado del apartado 1; se hace especial hincapié en mandar a los poderes públicos para que garanticen y protejan el ejercicio del derecho; por último, la genérica apelación a los intereses generales que hacía el Anteproyecto se precisa ahora mediante la referencia a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Por lo demás, la subdivisión del capítulo II en dos secciones conducirá a la ubicación de la libertad de empresa en la sección 2.ª, que se situará ya fuera del alcance del amparo.

²⁷ «1. Se reconoce la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos regulan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias generales». Fraga iba más allá que el texto del Anteproyecto en lo que respecta al apartado 2: «El empresario tiene derecho a fijar las condiciones de trabajo en base a los principios de racionalidad y productividad; a cesar y suspender las actividades de la empresa, y a negociar libremente con los trabajadores y sus sindicatos, así como adoptar medidas de conflicto colectivo, con arreglo a la ley».

²⁸ «1. Se reconoce la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado. Los poderes públicos regulan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación democrática».

²⁹ En el apartado 2 se decía « Los empresarios tienen derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones expresas que al ejercicio de este derecho pueda establecer la ley. Este derecho no podrá atentar, en su ejercicio, al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Como se ve, se elimina la referencia a la libertad del empresario para fijar las condiciones de empleo.

La oposición socialista al texto del ahora artículo 34 no lo fue a su apartado 1, sino al apartado 2. Este apartado fue uno de los motivos que llevó a la retirada de la Ponencia constitucional del representante socialista. El consenso se recompuso en la Comisión Constitucional del Congreso, donde se limaron asperezas en torno a ese apartado 2³⁰, que se desgajará del artículo 34 para pasar al artículo 33. A partir de ahí, la libertad de empresa tendrá vida propia y el contenido del artículo 34 no se modificará en todo lo que restó de proceso constituyente. Al final, el Pleno del Congreso aprobó el texto del artículo 34, junto con el de los artículos 35 y 36, por práctica unanimidad: 287 votos a favor, 5 abstenciones y un solo voto en contra (el del irreductible diputado Letamendía). En el Senado se presentaron 6 enmiendas, ninguna de ellas de grupos políticos significativos, toda vez que ya se había formalizado el consenso entre las principales fuerzas políticas. Todas ellas fueron rechazadas y el Pleno aprobó el ya artículo 38 de la Constitución por 169 votos a favor y 3 en contra.

El artículo 38 CE fue uno de los que más consenso obtuvo, algo que, como apunta MARTÍN-RETORTILLO, no debe conducir a consecuencias engañosas, y ello «por la razón de que ... el contenido del texto aprobado tenía en su misma literalidad un alcance distinto para unas u otras fuerzas políticas. Unas mismas palabras admitían interpretaciones diversas y tenían un significado en extremo diferente»³¹. Esa ambigüedad del texto, que cada grupo interpretará *pro domo sua*, se trasladará al plano doctrinal. Pero esto es algo que será abordado en su momento.

3. UNA MIRADA ALREDEDOR.

³⁰ Se aceptó la propuesta socialista de extender a los trabajadores el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.

³¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho Administrativo económico*, vol. I; ob. cit., pág. 152.

3.1. Si uno echa una ojeada a los países de nuestro entorno (los de la Unión Europea –UE 15)³², descubre que el enunciado del artículo 38 CE no tiene igual. Desde luego, la referencia a la “economía de mercado” es una originalidad de nuestra Norma Fundamental, porque en ninguna otra Constitución de los Estados de la Unión Europea se encuentra. Sí en la llamada “Constitución Europea”³³: en el artículo 4 del TCE –dentro de la Primera Parte, “PRINCIPIOS”- se dice que la política económica y monetaria de la Comunidad Europea «se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una *economía de mercado* abierta y de libre competencia» (la cursiva es mía)³⁴, y se reitera esta referencia a la economía de mercado en los artículos 98 (como principio que han de respetar los Estados y la Comunidad en relación con la política económica)³⁵ y en el 105 (como principio que debe respetar el Sistema Europeo de Bancos Centrales en relación con la política monetaria)³⁶.

3.2. Tampoco hay una proclamación expresa de la libertad de empresa como derecho. Lo que sí encontramos es el reconocimiento de la *libre iniciativa económica privada*. Así, en el artículo 41, párrafo primero de la Constitución italiana -dentro del título III (De las relaciones económicas) de la Parte Primera (De los derechos y deberes de los ciudadanos)- se dice: «Será libre la iniciativa privada»; aunque a renglón

³² Para esta ojeada he acudido a RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (ed.): *Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (Ariel Derecho, 1997).

³³ La expresión “Constitución”, referida a los tratados o al tratado que los refunda y simplifique (la “Constitución europea” elaborada por la Convención) hay que emplearla en sentido impropio, porque, obviamente, no estamos ante una obra de un Poder Constituyente. Pero aunque los tratados no son una Constitución en sentido propio, sí funcionan internamente *como* una Constitución: son normas primarias cuya primacía respecto de las demás normas comunitarias la salvaguarda un órgano jurisdiccional, el TJCE.

³⁴ El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, elaborado por la Convención Europea, va más allá: en el artículo 3 (*Objetivos de la Unión*), situado en el Título I (*De la definición y objetivos de la Unión*) de la Parte Primera, se dice en su apartado 3: «La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado ... en una *economía social* de mercado altamente competitiva ...» (la cursiva es mía).

³⁵ En el mismo sentido, artículo III-69 del Proyecto de tratado constitucional.

³⁶ En el mismo sentido, artículo III-77 del Proyecto de tratado constitucional.

seguido se dice: «No podrá, sin embargo, desarrollarse de modo contrario al interés común o de modo tal que perjudique a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana» (párrafo segundo); y concluye el artículo: «Se determinarán por ley los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ir encaminada y coordinada a fines sociales» (párrafo tercero)³⁷. Un precepto similar se encuentra en el apartado 1 del artículo 61 de la Constitución portuguesa –dentro del

³⁷ Sobre la compatibilidad entre el enunciado del párrafo primero y el enunciado de los dos párrafos restantes, conviene acudir GALGANO [En «La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali»; en GALGANO, F. (dir.): *Trattato di Diritto commerciale e pubblico dell'economia*, vol. I (*La Costituzione economica*) (Cedam, Padova, 1977), págs. 510-530]. Según dice el maestro italiano, la norma del primer párrafo, junto con la contenida en el artículo 42 (propiedad privada), configuran un sistema económico fundado, en principio, sobre la propiedad privada de los medios de producción y sobre la organización privada de los procesos productivos. Ahora bien ulteriores elementos de caracterización del sistema económico, destinados a coordinarse con el reconocimiento privado de la propiedad privada de los medios de producción y de la libertad de iniciativa económica privada, surgen de los sucesivos párrafos de dicho artículo 41, y del artículo 43. Son los elementos constitutivos de lo que se ha dado en llamar el "gobierno de la economía", cuyos instrumentos constitucionales son: la imposición de límites a la iniciativa económica privada, aptos para impedir que ésta se desarrolle "en contra de la utilidad social o de manera que cause daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana (art. 41, párrafo 2º); los "programas" y los "controles" idóneos para orientar y coordinar la actividad económica a "fines sociales" (art. 41, párrafo 3º); las mismas actividades económicas públicas, a las que el propio artículo 41, párrafo 3º, abre un campo de acción coextenso al de las actividades económicas privadas; por último, las medidas de adscripción forzosa de empresas o de categorías de empresas a la gestión pública o a la gestión social, cuando ello sea impuesto por "fines de utilidad general" y se trate de servicios públicos esenciales (*servizi pubblici essenziali*) o de fuentes de energía o de situaciones de monopolio (art. 43).

Esto no significa que la libre iniciativa económica sea un derecho enteramente subordinado a la utilidad social. Como dice DI PLINIO [*Diritto pubblico dell'economia* (Giuffrè ed, 1998), págs. 164-170], la iniciativa en la economía comparte con todas las demás posiciones expresivas de la persona humana la condición de ser protegida por una situación jurídica subjetiva de *libertad constitucional* (*libertà costituzionale*), de contenido negativo, y que implica con carácter general una *prohibición para cualquiera*, y en primer lugar para los poderes públicos, para poner obstáculos y límites a su ejercicio, salvo que existan exigencias de rango constitucional, necesarias para *ponderar* (*bilanciare*) racionalmente el ejercicio de la libertad de empresa con la realización de otros valores de igual dignidad y nivel.

En conclusión, la libre iniciativa económica privada es una libertad que puede ceder ante razones constitucionales debidamente ponderada. Y siempre ha de ser limitada por la ley: como dice GALGANO, la regla constitucional de coexistencia de la libertad de iniciativa económica privada con las exigencias de gobierno público de la economía es la reserva de ley del párrafo tercero del propio artículo 41 CE.

capítulo I (*De los derechos y deberes económicos*) del Título Tercero (*De los derechos y deberes económicos*)³⁸: «La iniciativa económica privada se ejercerá libremente dentro del ámbito definido por la Constitución y por la ley, y teniendo en cuenta el interés general». Una vez más aparece la referencia al interés general, que parece ser una constante en todos los enunciados constitucionales sobre la libertad económica. Por lo demás, en los dos artículos citados resuenan los ecos del artículo 33 de la Constitución de nuestra II República.

No como derecho, sino dentro de los principios rectores de la política social, encontramos una doble referencia a la iniciativa privada y a la empresa privada en el apartado 3 del artículo 45 de la Constitución irlandesa: «El Estado favorecerá, y cuando sea necesario, suplirá, la iniciativa privada en la industria y en el comercio» (1.º); «El Estado se esforzará por conseguir que la empresa privada sea gestionada de tal modo que obtenga una eficacia razonable en la producción y distribución de bienes y por proteger al público contra toda explotación injusta» (2.º). Los ecos de la subsidiariedad y de la productividad resuenan en estos enunciados irlandeses.

3.3. El balance es bien pobre: sólo tres referencias constitucionales expresas, y una de ellas ni siquiera “iusfundamental”. Sin embargo, sería absurdo desconocer en esta mirada al Derecho Comparado que, aunque no se dice expresamente, en la Constitución alemana está reconocida la libertad de empresa, en virtud de la interpretación que del apartado 1 del artículo 12 ha hecho el Tribunal Constitucional Federal³⁹. En dicho

³⁸ En el mismo artículo se reconoce el derecho a la libre constitución de cooperativas (apartado 2) y el derecho a la autogestión, en los términos que disponga la ley (apartado 3). La Constitución portuguesa coloca en el mismo plano que la iniciativa privada estos dos derechos socializantes.

³⁹ La información que aquí se ofrece la he obtenido de las siguientes fuentes:
- OSSENBÜL, F.: «Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn»; 32 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1991), pág. 9 y ss.
- PAPIER, H.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional* (Marcial Pons, 2001, -2.ª edición en castellano), pag. 561 y ss.

apartado se dice: «Todos los alemanes tienen derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley».

El precepto protege tanto profesiones independientes como dependientes y, «en el primer caso se hace alusión, por regla general, a la libertad de empresa, coprotegida por el art. 12»⁴⁰. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha reconocido en muchas ocasiones que el artículo 12.1 GG protege también la libertad de empresa⁴¹. Más ampliamente, el Tribunal ha deducido de la libertad de profesión «la garantía de una libertad (general) de actividad económica»⁴²; esto es: «en el marco de la protección de la libre elección de la profesión y en el libre ejercicio de ésta, en principio se garantiza cualquier actividad económica y, con ello, las formas básicas de toda actividad profesional o empresarial. En concreto, se trata sobre todo de la libertad de mercado, de competencia y la libertad de actividad económica para lucro particular»⁴³.

Se trata de un derecho que se reconoce a las personas físicas y jurídicas (art. 19.3 GG), «algo que el Tribunal Constitucional ha aceptado, a pesar de su enfoque marcadamente personalista en lo que a la libertad profesional se refiere»⁴⁴. Y la conexión del artículo 12 con el artículo 14 garantiza al empresario, sea persona física o jurídica, todas las libertades parciales de carácter económico, «sobre todo, las libertades empresariales de disposición, de inversión, de producción, de entrada en el mercado y de la actividad en el mercado, la libertad empresarial de crecimiento, de precio, de organización, de publicidad y de distribución, así como la facultad de dirección y de disposición del empleador»⁴⁵.

- SCHOLZ: «Art. 12»; en MAUNZ /DURIG: *Grundgesetz Kommentar*

⁴⁰ SCHOLZ, n. 7

⁴¹ Vid. una relación de sentencias en la nota 2 del n. 6, en SCHOLZ.

⁴² SCHOLZ, n. 21

⁴³ SCHOLZ, n. 79.

⁴⁴ PAPIER, pág 583.

⁴⁵ SCHOLZ, n. 124.

La libertad profesional, que engloba la libertad de empresa⁴⁶, es una libertad limitable. En este sentido, la referencia expresa del artículo 12.1 a la regulación por ley del ejercicio dio pie al Tribunal Constitucional Federal (a partir de la famosa sentencia de 1958 sobre las farmacias) a hacer un distingo entre *acceso a* y *ejercicio de* la profesión a efectos de limitabilidad. En realidad –seguimos a OSSENBÜHL– el Tribunal distingue tres niveles de intervención en el derecho fundamental: el ejercicio de la profesión, las condiciones subjetivas de acceso y las condiciones objetivas de acceso. En los tres casos se exige una intervención proporcionada, pero la justificación se hace más o menos rigurosas a según los niveles: las limitaciones del primer nivel son justificables alegando simples consideraciones razonables del bien común; las del segundo nivel deben estar justificadas por bienes comunes especialmente importantes; por último, las del tercer nivel sólo son admisibles si sirven a la protección de peligros graves y comprobables para un bien común eminentemente importante⁴⁷.

4. UNA MIRADA AL PRESENTE.

4.1. Han pasado más de 25 años desde la aprobación de la Constitución (¡quién lo diría!). Es seguro que en este tiempo nos han ocurrido muchas cosas a todos (que cada cual haga su balance). Pero ¿y España? ¿Qué ha pasado con ella en estos 25 años? Pues que ha sufrido una radical transformación en todos los órdenes (político, social y

⁴⁶ Aunque las libertades del empresario no se agotan en el artículo 12.1. Junto a este precepto, que protege la iniciativa empresarial, están: el derecho de propiedad (art 14), que garantiza la existencia de la empresa como base material de la actividad empresarial; la libertad de residencia (art. 11.1), que asegura la libre elección del emplazamiento de la empresa en el territorio alemán; la libertad de asociación (art. 9.1), que garantiza el derecho de formación de sociedades comerciales y capitalistas y el de concentraciones de empresas; finalmente, la garantía de la libertad de actuación en general (art. 2, párrafo 1) abarca la libertad de actividad económica y la libertad de contratar, si estas no están cubiertas ya por otros derechos fundamentales [OSSENBÜHL, pág. 12].

⁴⁷ OSSENBÜHL, pág. 18.

económico). Esta transformación no puede ignorarse a la hora de interpretar los enunciados constitucionales, que deben ser iluminados con la luz que los nuevos tiempos proporcionan. Esto vale para el enunciado del artículo 38 de la Constitución, que no puede verse hoy con los mismos ojos con que los vieron quienes participaron en la elaboración y aprobación de este artículo. El paso del tiempo parece haber eliminado algunas ambigüedades.

No es, desde luego, mi intención, hacer una balance global de lo que han supuesto estos 25 años. Me interesa centrarme en dos aspectos concretos que, sin duda, han tenido y tienen un impacto considerable en la interpretación actual (con arreglo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, por emplear los términos del artículo 3.1. del Código Civil) de la norma constitucional que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Estos dos aspectos son la integración de España en lo que hoy es la Unión Europea y la globalización. Bien entendido que el segundo aspecto "engloba" al primero.

4.2. Nuestro país se adhirió a lo que hoy es la Unión Europea el 1 de enero de 1986. La adhesión ha tenido efectos económicos y jurídicos de enorme relieve. En lo que hace a lo económico, hay que apuntar que, con la inserción en la Europa comunitaria, la economía española ha puesto punto y final al largo proceso de apertura al comercio exterior que se inició en 1959 y, al mismo tiempo, ha ido transformando sus estructuras productivas, sus instituciones y sus reglas de gestión macroeconómicas, equiparándolas a las de los países europeos más avanzados y equilibrados. Sobre los resultados finales es mejor que hablen los expertos: «Los resultados conseguidos mediante todos estos cambios han sido claramente positivos y se reflejan en un alto nivel de crecimiento económico, compatible, por una parte, con una tasa de exposición a la competencia exterior similar a la de los países centroeuropeos y, por otra, con un equilibrio macroeconómico desconocido desde 1960»; y se añade

que esta combinación entre crecimiento con apertura y equilibrio «ha supuesto un cambio radical de las condiciones habituales de funcionamiento de la economía española [...]. Dicho de otra manera, el control de la inflación y de los déficits públicos se ha convertido en un objetivo más claro y prioritario de muchos gobiernos que cada día gana nuevos adeptos, lo que contribuye a extender una nueva cultura de crecimiento económico»⁴⁸.

Pero lo que más me interesa es ver someramente el impacto jurídico que ha tenido nuestra integración, a los efectos de la correcta comprensión del artículo 38 CE. En virtud de la adhesión, nuestro ordenamiento ha incorporado como Derecho propio todo el Derecho Comunitario (el llamado acervo comunitario), con los tratados (TCE y TCEEA) a la cabeza. Y con ello nuestro país se ha sometido al orden económico comunitario, tanto al “constitucional” (el derivado de los tratados, básicamente el TCE), como al producido por las instituciones comunitarias (Derecho derivado). Y no es exagerado afirmar que el orden económico constitucional está escorado hacia la libertad de empresa y hacia el mercado. Como ya se ha dicho, en la “Constitución” comunitaria se hace una referencia expresa a la “economía de mercado abierta y de libre competencia” como marco obligado de las políticas económicas en el seno de la Comunidad Europea (art. 4 TCE). El adjetivo “abierta” remite a las normas de libre circulación⁴⁹ -que buscan acabar con las barreras estatales que cierran los mercados nacionales a la libre iniciativa económica-; y la expresión “de libre competencia” remite a las normas sobre libre competencia⁵⁰. Las normas sobre libre circulación y sobre libre competencia, con el complemento de la unión económica y monetaria - que transfiere de forma irreversible a la Comunidad un elemento íntimamente ligado a la soberanía estatal (la moneda y la política monetaria)- y de la política comercial común -que confiere a la

⁴⁸ MYRO, R.: «España en la Unión Europea: etapas y efectos de la integración»; en GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.): *España, economía: ante el siglo XXI*, ob. cit., pág. 267.

⁴⁹ Sobre las exigencias de igualdad y libertad que imponen estas normas al ordenamiento español, vid. *infra*, capítulo IV, apartado 3.2.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VIII, apartado 3.2.

Comunidad una presencia internacional y una influencia importante en la política económica internacional- «limitan de forma efectiva tanto a la propia Comunidad como a los Estados, constituyendo los fundamentos del derecho constitucional económico de la Comunidad y dando expresión a su orientación económica»⁵¹.

La "Constitución" comunitaria tiene una clara impronta liberal, y esa impronta liberal se ha dejado sentir en la acción de las instituciones, que, a través de normas jurídica vinculantes (reglamentos y, sobre todo, directivas) están forzando a los países miembros a desregular sus mercados, privatizar sus empresas públicas y -¿por qué no decirlo?- a reducir la actividad prestacional de sus Administraciones Públicas, en aras de la contención del gasto público impuesto por el Pacto de Estabilidad. Y esto se ha hecho sentir en nuestro país: el proceso de liberalización de nuestra economía (al que se hará alusión después) es en buena medida una exigencia comunitaria.

Ello no significa que la "Constitución" comunitaria carezca de una dimensión social: la constatación de las desigualdades sociales en el interior de la Comunidad han conducido finalmente a que se incorpore la *cohesión económica y social* a los objetivos de la Unión (art. 2 del TUE) y de la Comunidad Europea (art. 2 del TCE), y a que se incorpore un título *ad hoc* (Título XVII: arts 158 a 162) en el TCE; a lo que hay que añadir un un título (el XI: arts. 136 a 150), relativo a la política social, de formación profesional y de juventud⁵². Pero conviene no engañarse, porque la fuerza jurídica de estas normas no es la de las normas sobre libre circulación y libre competencia: estas últimas tienen un efecto directo del que carecen las primeras, que ni siquiera enuncian competencias exclusivas de la Comunidad. La razón de esta menor fuerza jurídica estriba –como sugiere BAQUERO CRUZ, «en que los Estados no han querido transferir grandes

⁵¹ BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea* (Civitas, 2002), pág. 120.

⁵² Recuérdese que en el proyecto de Constitución se adjetiva expresamente como "social" la economía de mercado (art. 3.3 del título I). A la cohesión económica, social y territorial dedica los artículos III-116 a 120; a la política de empleo los artículos III-97 a 102; y a la política social, los artículos III-103 a 115.

competencias a la Comunidad en asuntos sociales –que conllevan a menudo una regulación redistributiva directa con la necesidad correlativa de un presupuesto comunitario más importante, no de simple armonización-»; de manera que «el correctivo frente a la expansión de estas normas de mercado abierto con libre competencia viene dado sobre todo por los elementos sociales de las constituciones estatales»⁵³.

Resulta así que la política social recae sobre los Estados, pero estos a su vez se ven forzados a reducir su actividad social por exigencias comunitarias. Al final, desde la perspectiva comunitaria, la tensión entre mercado y Estado Social se está resolviendo a favor del primero o, si se prefiere, hacia un cambio *en* el Estado Social. De esto se hablará inmediatamente, pero baste un dato para justificar lo que digo: el porcentaje que el gasto público representa en el producto interior bruto español pasó del 47,8 registrado en 1993 al 40,1 en el año 2000⁵⁴. Esta reducción no hay que achacársela por entero a la Unión Europea, cuya política liberalizadora es a su vez una política forzada por la globalización.

4.3. Acercarse al término "globalización" es una empresa ardua, porque en muchas definiciones está ínsita la ideología (*pro* o *anti* globalización) de quien lo define⁵⁵. Quizá no exagere BECK cuando dice que «es a buen seguro la palabra (a la vez eslogan y consigna) peor

⁵³ BAQUERO CRUZ, J.: *ibidem*, pág. 121.

⁵⁴ Este porcentaje había crecido ininterrumpidamente desde 1973 hasta 1993. Los datos los extraigo de Oriol MIR PUIGPELAT [*Globalización y Estado de Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Thomson-Civitas, 2004), pág. 100].

⁵⁵ Por ejemplo, Susan GEORGE, ferviente fustigadora de la globalización liberal, apoya su peyorativa definición de la globalización en la que dio Percy Barnevik, antiguo presidente director general del gigante helvético-suizo ABB (Asea-Brown Boveri), designado varias veces hombre del año por las grandes revistas de negocios internacionales: «La globalización, para las empresas de mi grupo, es la libertad de invertir cuando y donde quieran, de producir lo que quieran, de comprar y vender donde quieran y de sufrir las menores restricciones posibles derivadas de la legislación laboral y convenciones sociales»; para GEORGE, dicho de otro modo, «la globalización es una declaración de los derechos del comercio y de los negocios» [GEORGE, S. y WOLF, M.: *La globalización liberal. A favor y en contra* (Anagrama, 2002), pág. 17].

empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos –y sin duda también de los próximos- años»⁵⁶. Nada mejor que acudir a una prosa moderada para evitar incurrir en excesos. Me refiero a la de Guillermo DE LA DEHESA: «La globalización es un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales»⁵⁷. Así definida, la globalización se basa en una serie de libertades: «la libertad de comerciar con el resto de los países de mundo aprovechando las ventajas comparativas de cada uno; la libertad de invertir los capitales allí donde tienen un mayor rendimiento dentro de un riesgo asumible y la libertad de establecerse en el país que se desee»⁵⁸. Así precisada, la globalización tiene como agentes fundamentales «a las grandes empresas multinacionales, tanto financieras como no financieras, que se implantan en la mayor parte de los países, aumentando los flujos comerciales y de capitales y haciendo que los mercados estén cada vez más integrados y globalizados»⁵⁹.

En lo que respecta a los factores o causas que han generado el fenómeno, me interesa aislar tres. El primero es puramente económico: la tecnología. Volvemos a DE LA DEHESA: «El desarrollo de nuevas tecnologías en el transporte y en las telecomunicaciones ha permitido que sus costes caigan de una manera espectacular [...] Todo ello ha hecho que las barreras naturales de tiempo y espacio entre los países sean cada vez menores y, por tanto, el coste de enviar de unos a otros bienes y servicios, personas y capitales e información sea cada vez más bajo, lo que ha facilitado la internacionalización e interdependencia de las

⁵⁶ BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización* (Paidós, 1998), pág. 40.

⁵⁷ «Este proceso no es nuevo [sigue el autor], viene desarrollándose paulatinamente desde 1950 y tardará muchos años aún en completarse, si la política lo permite» [DE LA DEHESA, G.: *Comprender la globalización* (Alianza editorial, 2000), pág. 17. Quizá haya que hacer una salvedad a la definición: la integración de los mercados de trabajo es cierta en cuanto a las normas laborales (cada vez se “flexibilizan” más, esto es, cada vez hay menos normas laborales), no en cuanto a la personas (la libertad de circulación de trabajadores anda muy rezagada respecto de las restantes).

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 18.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 19.

economías y está haciendo el mundo cada vez más pequeño»⁶⁰. El segundo es de índole jurídica: «la supresión o reducción de las barreras jurídicas [...] a la circulación de bienes, servicios, capitales y –en mucha menor medida- personas producida tanto a nivel regional (en el marco de las áreas de integración económica que ya existían –Unión Europea sobre todo- o que se han creado –NAFTA y MERCOSUR por ejemplo-) como mundial (sobre todo los acuerdos alcanzados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT y de la organización de ella surgida, la Organización Mundial del Comercio)»⁶¹. El tercero es de naturaleza político-ideológica: «la caída del muro de Berlín y , tras ella, del socialismo real en la antigua Unión Soviética y en los países del Este de Europa, así como la progresiva conversión de China en una economía de mercado», que se ha traducido en «la expansión ideológica del capitalismo y de la globalización económica»; esto es, liberado de su principal freno durante más de setenta años, «el capitalismo y el modelo económico que comporta gozan de una hegemonía total y han encontrado (al menos hasta las propuestas antiglobalización iniciadas en Seattle en 1999) pocas resistencias en los gobiernos y los ciudadanos del mundo a su programa de progresiva globalización económica»⁶²; en definitiva, se ha globalizado el sistema económico capitalista.

Los efectos de la globalización se pueden resumir en pocas palabras: más mercado y menos Estado, más libertad económica y menos intervención pública (entiéndase bien, intervención pública *extra* o *contra* mercado) en la economía. Si precisamos un poco más, tenemos que la consecuencia más importante es la pérdida de poder del Estado-nación ante dos grandes tipos de sujetos de ámbito supraestatal, de carácter

⁶⁰ *Ibidem*, págs. 19-20. Son expresivas estas palabras: «En el plano económico, el globo ya no es ancho y grande con países alejados, sino denso y pequeño y próximo»; estas palabras las atribuye BECK a ALTVATER y MANKFOPF [BECK, U. : *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, ob. cit., pág. 43.

⁶¹ MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización y Estado de Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*; ob. cit., pág. 31. Apunta MIR un dato, en nota al pie: los derechos de aduana han pasado del 25% al 3% desde los años sesenta hasta finales del siglo XX.

⁶² MIR PUIGPELAT, O.: *ibidem*, págs 33-34.

privado el primero y público el segundo: las grandes empresas transnacionales y las organizaciones internacionales o supranacionales⁶³. Las primeras «se encuentran en condiciones de ejercer –y ejercen- una gran influencia sobre los legisladores nacionales, exigiéndoles la continua adaptación del ordenamiento jurídico a sus intereses empresariales bajo la amenaza de invertir su capital en otro país más atento a sus peticiones»⁶⁴. Por su parte, las organizaciones internacionales, a las que los Estados están cediendo voluntariamente cada vez más parcelas de soberanía, son a la vez causa y consecuencia de la globalización económica: por un lado la alimentan, porque «son precisamente estas organizaciones las que en mayor medida están propiciando la supresión – a nivel regional y mundial- de las barreras jurídicas que han obstaculizado tradicionalmente el comercio internacional»; por otro lado, la creación de estas organizaciones «constituye la respuesta de los Estados nacionales al fenómeno de la globalización económica: incapaces de someter aisladamente a los poderes económicos transnacionales, a los Estados nacionales no les queda más remedio que renunciar a parcelas crecientes de su soberanía y cooperar a través de la creación de organizaciones internacionales dotadas de prerrogativas cada vez mayores»⁶⁵.

Pero la globalización económica no sólo ha debilitado el poder del Estado, sino que ha cambiado su naturaleza, al menos en aquellos países en los que es un Estado *Social*. La globalización (que es una globalización *liberal*), ha contribuido, junto con otros factores, a que los poderes públicos renuncien a muchas de las funciones que venían desarrollando desde la segunda posguerra mundial, en beneficio del mercado. La crítica del endeudamiento crónico y de la capacidad

⁶³ MIR PUIGPELAT, O.: *ibidem*, págs 36 y ss.

⁶⁴ A lo que coadyuva la supresión de las barreras a la circulación de bienes, servicios y capitales, en tanto «permite que las grandes corporaciones empresariales puedan operar a escala planetaria y trasladar con enorme facilidad y rapidez su capital e instalaciones comerciales e industriales de un lugar a otro del globo» [MIR PUIGPELAT, O.: *ibidem*, págs. 40-41]. Sobre países como España pende la espada de la deslocalización, que ya se cobrado varios miles de empleos, especialmente en Cataluña. La reciente incorporación de 10 nuevos socios a la Unión Europea no hará sino aumentar este fenómeno.

⁶⁵ MIR PUIGPELAT, O.: *ibidem*, pág. 48.

empresarial de los poderes públicos y la exaltación de la libre competencia han convencido a muchos de que «el crecimiento económico sostenido —erigido en el principal objetivo de las sociedades occidentales actuales— sólo puede ser alcanzado reduciendo el endeudamiento estatal y la actividad empresarial de los poderes públicos y fomentando y garantizando la libre competencia de la iniciativa privada»⁶⁶.

Las consecuencias son de sobra conocidas: reducción del gasto público y, conectado a ello, privatizaciones masivas, desregulaciones de mercados (liberalización, en suma) y, en fin, reducción de la actividad prestacional del Estado. Este cede al mercado sus empresas públicas, así como la prestación de servicios económicos antes publicados, pero a su vez impone numerosas condiciones a quienes deseen operar en el mercado (por ejemplo, obligaciones de servicio público en los empresarios que operan sobre actividades de interés general) y reprime férreamente todas aquellas conductas empresariales que amenazan con falsear la competencia en el mercado. Una vez más, acudo a MIR PUIGPELAT: «El Estado, por así decirlo, pierde la prestación directa de bienes y servicios, pero gana, a cambio, un enorme poder de regulación y vigilancia de los mercados. El Estado deja de ser un Estado *prestador* y se convierte en un Estado *regulador-controlador*, un Estado *garante*»⁶⁷. En definitiva, el Estado Social cambia su naturaleza: de Estado prestador a Estado garante. Que eso suponga sólo un cambio *en* el Estado Social y no *del* Estado Social no depende de los medios, sino de los fines; esto es, no depende tanto de si los servicios esenciales —los que le definen como Social— los presta el mercado o el propio Estado, como de si este sigue haciéndose responsable de que se presten a todos en condiciones de igualdad (formal y real).

4.4. La acción combinada de la integración en la Unión Europea y la globalización económica ha tenido repercusiones en nuestro país, como

⁶⁶ MIR PUIGPELAT, O.: *ibidem*, pág. 101.

⁶⁷ MIR PUIGPELAT, O.: *ibidem*, pág. 112.

no podía ser de otra forma. Una y otra han tenido como consecuencia el fortalecimiento de la libertad de empresa y de la economía de mercado y (esta es la otra cara de la moneda) el debilitamiento del Estado Social, al menos en su versión tradicional, como Estado prestador de servicios públicos económicos a los ciudadanos⁶⁸. El fenómeno que mejor describe lo que ha sido la actuación económica de nuestros poderes públicos (básicamente el poder central) en los últimos 20 años es el de la liberalización⁶⁹, especialmente en los últimos ocho años, los que coinciden con el gobierno del Partido Popular. En este tiempo se han desregulado (o al menos se ha intentado) diversas actividades privadas sometidas a una intensa intervención normativa y administrativa, aunque en este punto queda todavía un largo camino por recorrer⁷⁰. En donde sí se han aplicado nuestros rectores públicos es en la privatización de servicios públicos (*despublicatio*) y de empresas públicas.

En efecto, en estos años se han privatizado y, por tanto, se han puesto en manos privadas, buena parte de los servicios públicos económicos esenciales: el petróleo, la electricidad el gas, las telecomunicaciones o los servicios postales⁷¹. Por otra parte, el Estado se

⁶⁸ Dejo fuera de consideración los servicios públicos más directamente ligados al Estado Social (educación, sanidad, seguridad social) que, de momento, siguen prestándose directamente por los poderes públicos, sin perjuicio de la concurrencia en estos ámbitos del sector privado.

⁶⁹ Sobre los conceptos de "liberalización", "privatización" y "desregulación", vid. *infra*, capítulo VIII, apartado 3.3.2.

⁷⁰ En 1984, Antonio ARGANDOÑA publicó un artículo en el número 21 de la Revista "Papeles de economía", titulado «Regulación y liberalización en la economía española». En él hacía una exhaustiva clasificación de las regulaciones económicas que padecía nuestra economía a las puertas de nuestro ingreso en las Comunidades Europeas. Sería un buen ejercicio analizar cuántas de esas regulaciones (muchas de ellas innecesarias) han desaparecido, para saber si de verdad se ha desregulado suficientemente la actividad económica privada en nuestro país.

Algunos ejemplos de desregulación (suelo, colegios profesionales o farmacias) se encuentran en las dos oleadas de decretos-leyes que siguieron al triunfo del Partido Popular en las elecciones de 1996 y 2000. Para el estudio de los decretos-leyes de junio de 1996, me remito a VELARDE FUERTES, J. otros: *Reforma y liberalización económica. Los decretos-leyes de junio de 1996* (Civitas, 1996). Para el estudio de los decretos-leyes de junio de 2000, me remito a ARIÑO ORTIZ, G.: *Liberalizaciones 2000* (Comares, 2000).

⁷¹ Sobre los sectores regulados, me remito al capítulo IV, apartado 2.2.1.

ha desprendido de prácticamente todas sus empresas públicas⁷², en un proceso que BILBAO UBILLOS⁷³ ha periodificado en tres etapas: la primera –bajo mandato socialista- de privatización *selectiva* (1984-1992), orientada a la reestructuración del sector público empresarial; la segunda –también bajo mandato socialista- de privatización *recaudatoria* (1993-mayo de 1996), como mecanismo de reducción de las necesidades financieras a corto plazo del sector público; la tercera –ya bajo mandato popular- de privatización *masiva* (junio 1996-2002). Es esta última etapa la más importante, porque en ella la privatización pierde su carácter instrumental para convertirse en un fin en sí mismo, en consonancia con la ideología liberal de los nuevos gobernantes. La privatización respondió a un plan, que se instrumentó jurídicamente mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros (de 28 de junio de 1996) en el que se contenía el «Programa de Modernización del Sector Público empresarial» (más conocido como Programa de Privatizaciones). Con arreglo a este plan se efectuó la privatización de 51 empresas públicas, por un importe de algo más de 5 billones de pesetas, que representó dos veces y media más que las de las dos etapas del gobierno socialista⁷⁴. A día de hoy se puede decir que el proceso privatizador ha concluido y que la gran empresa pública ha muerto.

⁷² Para un estudio sobre las privatizaciones de empresas públicas, lo mejor es remitirse a las obras más recientes, que dan una visión de todo el proceso, prácticamente concluido en 2002. Para todo el proceso privatizador, me remito a GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, R. (coord.): *Políticas de Privatización. Aspectos teóricos, experiencias y casos prácticos* (Dykinson, 2003). Para la privatización y liberalización operada sobre todo bajo mandato popular, me remito a ARIÑO, G. (dir.): *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003)* (Comares, 2004), dos tomos.

⁷³ BILBAO UBILLOS, J.: «Las políticas de privatización en España»; en GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, R. (coord.): ob. cit., pág. 71 y ss.

⁷⁴ En el período 1988-1995 se anotan 66 operaciones de venta de participaciones públicas, con un monto global de ingresos para el Estado de 2,2 billones de pesetas. Todos los datos los extraigo de SOUVIRÓN, J.M. y DE LA CUÉTARA, J.M.: «La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos»; en ARIÑO, G. (dir.): ob.cit., tomo I, págs. 1 y ss.

4.5. A la vista de lo relatado, la «libertad de empresa» y la «economía de mercado» se sitúan en la actualidad en un clima general (nacional, europeo y mundial) muy distinto del que presidió su consagración constitucional. Si en 1978 la tendencia era "más Estado y menos mercado", hoy ocurre justamente lo contrario: "más mercado y menos Estado". Este cambio *climático* no deja de tener repercusiones sobre el análisis jurídico: a un problema viejo (cómo garantizar jurídicamente la libertad de empresa reconocida constitucionalmente frente a la intervención pública) se añade otro nuevo: cómo asegurar un mínimo de *Estado Social* (también consagrado constitucionalmente) frente a la expansión desenfrenada del mercado. Aquí sólo me corresponde ocuparme del primero de estos problemas. Sobre el segundo algo apuntaré –pero sólo apuntaré– algo al final de esta tesis. Es hora de empezar.

PARTE PRIMERA

EL MARCO: LA ECONOMÍA DE MERCADO

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN «ECONOMICA» A LA ECONOMÍA DE MERCADO (I)

1. SENTIDO DE LOS CAPÍTULOS "I" Y "II".

El artículo 38 reconoce la libertad de empresa *en el marco de la economía de mercado*. La referencia expresa a la «economía de mercado» tiene una evidente trascendencia, porque significa que la Constitución, que ha tomado algunas decisiones fundamentales, incluye entre ellas una decisión sobre el modo de organizar la actividad económica, que no puede desarrollarse bajo otro sistema («marco») que no sea la «economía de mercado». Esa decisión económica fundamental no tiene carácter constitutivo de orden económico alguno, como es obvio. La Constitución, que no opera en el vacío jurídico, tampoco opera en el vacío económico: no *crea* un sistema económico, sino que *reconoce* uno dado (la «economía de mercado») y, al mismo tiempo, lo garantiza y lo limita.

La «economía de mercado» no es un concepto jurídico, sino económico, por lo que definirla es algo prejurídico. En otras palabras, la economía de mercado es lo que según la ciencia económica es la economía de mercado. Desentrañar el concepto exige, inevitablemente, el auxilio de la ciencia económica y este es justamente el sentido del presente capítulo. Saber cómo garantiza y limita la Constitución la economía de mercado –tarea jurídica– sólo es viable con una previa definición económica del concepto.

La definición de la llamada «economía de mercado» tropieza con algunas dificultades. Una primera dificultad reside en el carácter equívoco de la expresión (¿Significa sólo economía basada en el mercado, o una economía de mercado implica algo más que mercado?). Una segunda dificultad descansa en una constatación: todo el mundo sabe lo que es la economía de mercado, pero muy pocos se han preocupado de definirla. Lo que quiero decir es que los

economistas centran su estudio en *cómo funciona* y no en *qué es* la economía de mercado. Y lo que más interesa al jurista (casi lo único que interesa) es precisamente saber qué es la economía de mercado, cuáles son las piezas que la componen.

El objeto de estas páginas es descubrir cuáles son esas piezas. El resultado de la investigación lo encontrará el lector en el apartado 3.5 (conclusiones provisionales) y, sobre todo, en el apartado 5 y último (conclusiones definitivas). Para llegar a ese resultado final, ha sido preciso hacer una descripción elemental del problema económico básico y de la ciencia económica (apartado 2), del concepto de «sistema económico» y de los diversos sistemas económicos (apartado 3) y, por último, del mercado como pieza básica del sistema económico capitalista (apartado 4). Soy consciente de que esa descripción elemental sería impropia en una tesis de “Economía”, pero se ha optado por explicitarla en una tesis de “Derecho”, no por estimar que el lector desconozca los conceptos económicos básicos, sino por considerarlo necesario para poder dar consistencia a las conclusiones. Conclusiones que, en todo caso, considero cruciales, porque sólo desde una correcta comprensión —económica, por supuesto— de determinados conceptos («capitalismo», «economía de mercado», «mercado» y «competencia») se puede abordar el significado jurídico-constitucional del artículo 38 de la Constitución.

2. LA ECONOMIA

2.1. La palabra «economía» procede del griego *oikós* (casa) y *nomeia* (ciencia); la *oikós-nomeia* es la ciencia doméstica, los conocimientos relativos a la administración o gobierno de la casa. En efecto, la economía es una ciencia (una ciencia social), pero su objeto de estudio actual es más amplio que el que se infiere de la etimología de la palabra, en tanto abarca todo lo relativo a la

producción, distribución y consumo de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades de la sociedad¹.

Se debe a Lionel Robbins la definición más conocida de la economía: ciencia que se ocupa de las relaciones entre fines (infinitos) y medios escasos, susceptibles de usos alternativos². Quizá sea una definición demasiado amplia³, pero pone de relieve algo elemental: los recursos son insuficientes para satisfacer todas las necesidades de la sociedad⁴, por lo que se hace

¹ En una sociedad capitalista, las necesidades (o deseos) que satisfacer son las de quienes, dentro de aquella sociedad, tienen capacidad de compra. Las necesidades de quienes carecen de poder de compra no existen para el sistema económico capitalista.

² Se distingue entre *Economía* y *Economía Política*: la primera se centra en un aspecto particular del comportamiento humano, el determinado por la presencia de la escasez; la segunda trata de la relación entre el poder político y la economía, esto es, se ocupa de la intervención pública en la economía, por un lado, y las limitaciones impuestas al poder político por el mercado, por otra parte. Como se ve, la primera se ocupa de un asunto universal, aplicable cualquier sistema económico, mientras que la segunda sólo es posible en un sistema económico de mercado. Sobre la distinción, vid. *The New Palgrave: a Dictionary of Economics* (MacMillan, 1987), pág. 904.

³ Ciertamente, esta definición convierte en gigantesco el campo de estudio de la economía: cualquier problema de la vida puede ser entendido como un problema económico. Extraigo un ejemplo de Martínez Coll: «Los equipos de fútbol están formados por once jugadores; cuando hay que enfrentarse a un temible adversario, el entrenador querría destinar siete u ocho jugadores a la delantera y nueve o diez a la defensa; fin: ganar; medios: los jugadores, escasos y susceptibles de usos alternativos» [MARTINEZ COLL, J.L.: *La economía de mercado. Virtudes e inconvenientes* (Universidad de Málaga, 1993); pág. 15].

Es más, la escasez de recursos y la necesidad de elegir entre alternativas de uso es un problema común a todos los seres vivos. Siguiendo al mismo autor, «se han realizado estudios del comportamiento del forrajeo en muchas especies de animales y se ha comprobado que sus decisiones siguen los mismos criterios que prevé la teoría económica para los humanos. El esfuerzo destinado a conseguir alimento o las distancias recorridas pueden deducirse mediante fórmulas matemáticas, las mismas que describen las pautas de gasto y consumo de los humanos ...» [MARTINEZ COLL, J.L.: *La economía de mercado. Virtudes e inconvenientes*; ob. cit., pág. 15].

⁴ Siguiendo a Lipsey [LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva* (Vicens-Vives, 1989 -3.ª reimpresión); pág. 66], podemos dividir los recursos de un país en tres grupos principales: *tierra* (recursos naturales), *trabajo* (recursos humanos, mentales y físicos, tanto naturales como adquiridos) y *capital* (todas las aportaciones proporcionadas por los hombres para acelerar la producción, tales como instrumentos, maquinaria, plantas y equipos -incluyendo los bienes hechos por el hombre que no son para su inmediato consumo, sino para usarlos en el proceso de producción de otros bienes). Técnicamente a estos tres tipos de recursos se les denomina factores de producción, porque son utilizados en el proceso de producción. A veces se añade un cuarto factor: el *empresariado*, que acepta los riesgos de nuevos productos y métodos de producción. Es el único que organiza los otros factores de producción y los encauza hacia nuevas direcciones (Cuando no se le distingue como un cuarto

preciso elegir entre usos alternativos de los mismos. La economía estudia justamente «el modo en que *eligen* los individuos, las empresas, el Estado y otras entidades de nuestra sociedad y [el modo] en que esas elecciones determinan la manera en que se utilizan los recursos que ésta tiene»⁵. Las elecciones son importantes porque los recursos son escasos. El término *escasez* ocupa así un lugar destacado en economía⁶.

factor, se le incluye en el trabajo). También se alude a la *tecnología* como factor de producción (que nosotros incluimos dentro del capital).

Las cosas producidas por los factores de producción son los *bienes y servicios*, que son medios a través de los cuales se conseguirá el objetivo de satisfacer al consumidor. La actividad encaminada a conseguir bienes y servicios es llamada por los economistas *producción*, y el uso que se hace de estos bienes y servicios constituye el *consumo*. Cualquier persona que colabora en la producción de bienes y servicios es llamado *productor*, y aquellas personas que consumen para satisfacer sus necesidades (o deseos) son los *consumidores*.

⁵ STIGLITZ, J.E.: *Microeconomía* (Ariel, 1998 —de la segunda edición inglesa); pág. 27. El autor ejemplifica: «Imaginemos el caso de una persona inmensamente rica que puede comprar todo lo que quiere. Cabe pensar que la escasez no figura en su vocabulario, hasta que se considera que el tiempo es un recurso y que debe decidir a qué caro juguete va a dedicarlo cada día. Teniendo en cuenta el tiempo, la escasez es un hecho cierto en la vida de todo el mundo.»

⁶ ¿Hasta cuándo la escasez estará en la base de las decisiones económicas? Si atendemos al funcionamiento real de la economía moderna, es apreciable a simple vista la tendencia a desplazar el centro de gravedad de la actividad económica hacia los servicios, y no a cualesquiera servicios, sino a aquellos que emplean intensivamente recursos inmateriales (conocimiento) y tecnología. En palabras de Jeffrey Sachs, director del Instituto Harvard para el desarrollo internacional, «en el mundo actual, la prosperidad económica no procede de los recursos naturales ni de la producción de bienes industriales, sino de la producción de nuevas ideas y nuevos productos. La dinámica economía de Estados Unidos debe su gran ventaja a una tremenda capacidad de innovación, ya sea en tecnologías de la información, en biotecnología o en telecomunicaciones» (tomado de *El País Negocios* de 31 de octubre de 1999). Hoy la fuente de ventaja relativa de los países no la proporcionan los recursos naturales sino los conocimientos.

Es la llamada “nueva economía”; a este respecto, vid. KELLY, K.: *Nuevas reglas para la nueva economía* (Granica, 1999). Según Kelly, la nueva economía se caracteriza por tres rasgos fundamentales: es global, apuesta por los bienes intangibles (como la información, la innovación y el conocimiento) y, sobre todo, está intensamente interconectada. A partir de aquí, Kelly expone un decálogo de reglas que rigen la “nueva economía”. Una de estas reglas es precisamente que, frente a la economía de la era industrial —en la que el valor procede de la escasez—, en la “nueva economía”, en cuanto economía interconectada, «el valor procede de la abundancia, justo como el valor de las máquinas de fax aumenta a medida que se va generalizando el uso de fax y que va incrementando el número de unidades vendidas. El poder procede de la abundancia» (pág. 81, capítulo 3; justamente este capítulo tiene por título “Abundancia, no escasez”).

2.2. La escasez de recursos y la necesidad de elegir entre usos alternativos de los mismos implica la resolución de tres grandes problemas: «1) la orientación del proceso productivo: ¿qué bienes han de producirse, en qué cantidades y cuándo?; 2) la organización de la producción: ¿cómo se producirán los diversos bienes, por quién, con qué medios, con qué técnica y dónde?; y 3) la adjudicación del esfuerzo productivo: ¿para quién se van a producir esos bienes?». ⁷ Dicho de otra forma, los problemas básicos en economía son: ¿qué, cuánto y cuándo producir?, ¿cómo producir? y ¿para quién o quienes producir?.

A estas tres preguntas habría que añadir una cuarta: ¿Quién toma las decisiones económicas y con arreglo a qué procedimiento? La respuesta a este interrogante es distinta según el sistema económico⁸ en el que se desarrolla la actividad económica. La cuestión relativa a los sistemas económicos se trata en el epígrafe siguiente. Pero antes es pertinente hacer algunas observaciones sobre lo que hacen los economistas para explicar cómo funciona el mercado capitalista.

2.3. La economía es una ciencia social⁹: estudia los problemas económicos de la sociedad desde una perspectiva científica. El objetivo del análisis económico es conocer, comprender y predecir las decisiones económicas individuales y sus efectos globales. A este respecto, el proceso de trabajo del economista tiene (debe tener) como punto de partida la *realidad*. De ella extrae *datos* económicos, que mide y examina; después, mediante un proceso lógico de inducción, formula *hipótesis*; con esas hipótesis elabora *teorías* y *modelos* que permiten predecir sucesos reales (hacer *predicciones*); el contraste de

⁷ Vid. MARTÍN ACEÑA, P: «Naturaleza y orígenes del mercado»; en 6 *Grandes cuestiones de la economía* (Fundación Argentaria, 1995), pág. 7.

⁸ Debe distinguirse entre «sistema económico» y «modelo económico»: lo primero designa una forma de organización de las actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios en una sociedad; lo segundo designa un esquema teórico de una realidad económica compleja, que los economistas construyen para facilitar su comprensión y predecir su comportamiento.

⁹ Vid. STIGLITZ, J.E.: *Microeconomía*; ob. cit., pág. 34 y ss. Vid. también MARTINEZ COLL, J.C.: *La economía de mercado. Virtudes e inconvenientes*; ob. cit., pág. 26 y ss.

esas predicciones con la realidad confirmará la validez de las hipótesis, teorías o modelos, o bien obligará a modificarlos. La secuencia es: realidad-datos-hipótesis-teorías y modelos-predicciones-contraste.

Las teorías y los modelos son muy utilizados por la ciencia económica. Una **teoría** consiste en un conjunto de supuestos de partida (o hipótesis) y de conclusiones extraídas a partir de esos supuestos. Las teorías son ejercicios lógicos: "si los supuestos son correctos, *entonces* se siguen los resultados"¹⁰. Para su desarrollo, los economistas usan **modelos**¹¹: esquemas teóricos simplificadores de la realidad, expresados generalmente mediante ecuaciones matemáticas o gráficos, y que relacionan distintas variables¹². Una **variable** es cualquier elemento que puede medirse y que varía (precio, salario, tipo de interés, etc.). A los economistas les interesa sobremanera la relación entre variables. Cuando observan lo que creen que es una relación sistemática entre variables, se preguntan si es casual o si existe, de hecho, una relación; esto es, si hay una correlación. Los economistas se sirven de estadísticas para medir y contrastar las correlaciones con la realidad. Averiguar cuándo los cambios de una variable son la causa de los cambios de otra, esto es,

¹⁰ STIGLITZ, J.E.: *Microeconomía*; ob. cit., pág. 34. Cuando en economía se construyen modelos, es frecuente utilizar supuestos de partida (hipótesis iniciales) que las simplifiquen. El más conocido es el *ceteris paribus*: todas las variables excepto las que se estudian en el modelo permanecen constantes de forma que no influyen en él. V.g., si el precio de un bien aumenta, suponiendo que todas las demás variables permanecen constantes -*ceteris paribus*-, la cantidad demandada de dicho bien disminuye.

¹¹ "Para comprender como utilizan los economistas los modelos, consideremos el caso de un fabricante moderno de automóviles que está tratando de diseñar un automóvil. Es sumamente caro construirlo. En lugar de crear un coche totalmente desarrollado acorde con la concepción que tiene cada ingeniero o diseñador de cómo le gustaría que fuera éste, la empresa utiliza modelos. Los diseñadores pueden utilizar un modelo de plástico para estudiar la forma general del vehículo y valorar las reacciones a la estética del automóvil. Los ingenieros pueden utilizar un modelo de ordenador para estudiar la resistencia al aire, a partir del cual pueden calcular el consumo de combustible y un modelo independiente para juzgar la comodidad del automóvil. [...] Al igual que los ingenieros construyen modelos diferentes para estudiar una determinada característica de un automóvil, también los economistas construyen modelos -con palabras o ecuaciones- para describir las características de la economía." (STIGLITZ, J.E.: *Microeconomía*; ob. cit., pág. 35).

¹² Se llaman variables *exógenas* aquellas cuyos valores deben ser tomados de la realidad. Por el contrario, variables *endógenas* son aquellas cuyo valor es deducido al operar con las ecuaciones del modelo.

distinguir entre **correlación** y **causación**, constituye una de las dificultades a la que se enfrentan los que se dedican a la ciencia económica.

Estas y otras dificultades nacen del hecho de que los economistas, al construir teorías y modelos, simplifican necesariamente la realidad económica, que es muy compleja. Una de las críticas que se hacen más frecuentemente a la ciencia económica es que sus resultados se obtienen a partir de modelos tan simplificados que no se parecen en nada a la realidad. Esta acusación tiene mucho de injusta: no se trata de duplicar o reproducir la realidad (pretensión absurda e imposible) sino de eliminar lo irrelevante y recoger lo esencial¹³. El modelo, que es siempre esquemático, cumple *si, partiendo de la realidad, sirve para interpretarla*.

La observación anterior debe ser muy tenida en cuenta: saber qué es lo que protege el artículo 38 de la Constitución (la "economía de mercado") exige una aproximación económica al concepto (justamente el objeto de estas páginas), y ello conduce inexorablemente a la descripción de la teoría y el modelo de "mercado" que los economistas han construido para explicar su funcionamiento: la competencia perfecta. La teoría de la competencia perfecta es una simplificación (lo que no es óbice para su validez); el problema es si parte de la realidad económica y, por tanto, sirve para interpretarla. Y, si no sirve, ¿cuál es el modelo de mercado que protege la Constitución?

2.4. Se suele distinguir, dentro de la ciencia económica, entre **economía positiva** y **economía normativa**: la primera trata simplemente de describir la realidad tal como es; la segunda propone la dirección en que debe modificarse la realidad y los medios para intervenir sobre ella. En este capítulo interesa únicamente la vertiente puramente descriptiva (¿qué es el mercado y cómo funciona?); los aspectos de *política* económica, en tanto y sólo en tanto que

¹³ La economista británica Joan Robinson afirmó que de nada nos serviría el plano de una ciudad si estuviera a escala 1-1, si tuviera dibujada cada señal de tráfico a tamaño natural.

incorporados a la Constitución, merecerán nuestra atención en el capítulo siguiente.

Dentro de la economía positiva se distingue a su vez entre **Microeconomía** y **Macroeconomía**. La primera centra su atención en la conducta de la unidades que integran la economía; se ocupa del modo en que las unidades toman decisiones y de los elementos que influyen en esas decisiones. La segunda, por el contrario, examina la conducta de la economía en su conjunto, en concreto la evolución de los llamados indicadores agregados (PNB, inflación, paro, etc.). Dada las características de nuestro trabajo (desentrañar el significado de un derecho *subjetivo* incorporado a la Constitución, la libertad de empresa), lo procedente es centrarse en la perspectiva microeconómica, esto es, en el estudio detallado del mercado.

3. LOS SISTEMAS ECONOMICOS.

3.1. Delimitación general.

Como se ha indicado antes, los recursos son insuficientes para satisfacer todas las necesidades de la sociedad, por lo que se hace preciso elegir entre usos alternativos de los mismos. La decisión básica (asignar recursos productivos limitados, que tienen usos alternativos, a la satisfacción de las necesidades o deseos humanos –ilimitados o, al menos ilimitables) la toman individuos, pero no en el vacío, sino con arreglo a un ordenación institucional, esto es, sobre la base de un *sistema económico*. La expresión designa un conjunto de mecanismos e instituciones para elaborar y ejecutar decisiones sobre la asignación de recursos escasos en una sociedad determinada¹⁴. Más concretamente, un sistema económico designa un modo de organización de las actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios en una sociedad determinada.

¹⁴ Con alguna modificación, la definición la tomo de GREGORY/STUART: *Comparative Economic Systems* (Houghton Mifflin Company, 1985 –2.ª ed.), pág. 12.

Todo sistema económico funciona dentro de un entorno (un medio ambiente)¹⁵ que condiciona su funcionamiento, como también incide la política económica seguida por los responsables políticos¹⁶. Si el sistema económico es condicionado por ambos aspectos, al mismo tiempo estos son condicionados por aquél¹⁷: puede decirse que un resultado económico concreto («output»: O) es la consecuencia de la interacción del sistema económico (SE), el entorno (E) y la política económica (POL). En términos matemáticos, un resultado económico es una función (f) de todos esos factores: $O = f(SE, E, POL)$ ¹⁸.

El sistema económico es, pues, una pieza más a la hora de evaluar el funcionamiento económico de una sociedad determinada. A su vez, su mayor o menor eficacia no puede valorarse en sí misma, sino en función de los objetivos (económicos) que se asignen a una sociedad en cada momento (crecimiento económico, estabilidad, eficiencia en la asignación de recursos, distribución de la riqueza, etc). Cada sistema económico es mejor o peor que otro en la consecución de tales objetivos; además, algunos de estos son de difícil compatibilidad (por ejemplo, eficiencia en la asignación de recursos y distribución de la riqueza). Esto significa, *primero*, que un sistema económico

¹⁵ Este medioambiente incluye aspectos naturales (geografía, clima, población), culturales (sistema de creencias), sociales (estratificación social), económicos (nivel de desarrollo económico, tamaño de la economía, nivel tecnológico, etc.) y políticos (sistema político).

¹⁶ Los objetivos que los que gobiernan pueden asignar a la política económica son también diversos: crecimiento económico, estabilidad, eficiencia en la asignación de recursos, redistribución de la riqueza, desarrollo, etc. Un buen elenco de esos objetivos lo encontramos en nuestra Constitución (sobre los objetivos que la Constitución asigna a la política económica trataremos en el capítulo siguiente).

¹⁷ Así ocurre con el entorno: si una sociedad elige vivir bajo un sistema capitalista, esta elección condiciona, por ejemplo, el sistema político (que debe ser una democracia); y no cabe duda de que el sistema elegido acaba moldeando el modo de vida de la población [sobre la mercantilización de la existencia que el sistema económico capitalista genera, vid. HEILBRONER, R.: *Naturaleza y lógica del capitalismo* (Península, 1990), págs. 94 y ss.]. Así ocurre también con la política económica: bajo un sistema capitalista, ni todas las políticas económicas son posibles (no cabe, por ejemplo, una nacionalización generalizada de los recursos productivos, *so pena* de desnaturalizar el sistema), ni todas las políticas posibles encuentran las mismas facilidades (es más fácil desarrollar bajo el capitalismo una política de crecimiento económico que otra de redistribución de la riqueza; la primera engrasa el sistema, la segunda lo hace chirriar).

¹⁸ Tomo la ecuación, con variaciones, de GREGORY/STUART: *Comparative Economic Systems*, ob. cit., pág. 28.

no es intrínsecamente eficaz o ineficaz, sino más o menos eficaz en la consecución de objetivos económicos concretos¹⁹; y, *segundo*, que si se da prioridad a un objetivo económico concreto, no puede achacarse al sistema económico el que falle en el logro de otro objetivo que, de hecho, no está persiguiendo (o no está capacitado para perseguir)²⁰.

3.2. Sistemas económicos modernos.

Nuestra intención es comparar entre los sistemas económicos modernos. Conviene, por tanto, trazar una raya entre las economías tradicionales y las modernas²¹. En las primeras, las decisiones económicas se basan en la

¹⁹ No es ningún secreto que el capitalismo ha demostrado ser más eficaz que el socialismo en la tarea de asignar recursos limitados para satisfacer las necesidades o deseos de la sociedad (al menos las necesidades o deseos de quienes, dentro de ella, tienen poder de compra). Como ha dicho Lester Thurow, en relación con el capitalismo, «cuando llega el momento de satisfacer las carencias y los deseos de cada individuo, no importa cuán triviales puedan parecer esas carencias a los demás, no existe otro sistema económico que pueda lograr siquiera la mitad de su eficacia. Los competidores del capitalismo de los siglos XIX y XX –fascismo, socialismo y comunismo– han desaparecido» [THUROW, L.: *El futuro del capitalismo* (Ariel, 1996), pág. 9].

²⁰ Si la prioridad de una política económica es el crecimiento económico y la estabilidad macroeconómica (y esta parece ser la orientación fundamental de las economías europeas), difícilmente puede achacarse al capitalismo que falle en lograr una más justa distribución de la riqueza, porque, primero, no es ese el objetivo al que sirve y, segundo, porque el sistema económico capitalista no está diseñado para lograr esa distribución. Tiene razón Heilbroner cuando dice que el funcionamiento del capitalismo tiene un doble efecto paradójico: un aumento general del nivel de vida en los países donde ha arraigado pero, al mismo tiempo, una tendencia a generar simultáneamente riqueza y miseria; el capitalismo genera tanto éxito como fracaso [Vid. HEILBRONER, R.: *El capitalismo del siglo XXI* (Península, 1992); en especial, págs. 47 y ss.].

²¹ La línea divisoria entre los tiempos premodernos y los modernos se sitúa en el siglo XVI; siglo de consolidación de los Estados-Nación y del mercantilismo, antecesor dialéctico inmediato del liberalismo económico y, por ende, del capitalismo. En efecto, durante los siglos XVI y XVII en toda Europa, y durante todo el siglo XVIII en el continente (Inglaterra es capitalista ya en el último tercio del XVII), los Estados intervinieron vivamente en la actividad económica, con un doble objetivo: fortalecer el propio Estado y, a su vez, promover el crecimiento económico, enriquecer la nación (concebida como una gran empresa) y lograr la autosuficiencia. Esta intervención generalizada en la economía (que tuvo su ejemplo más extremo en la Francia de Colbert) se dirigió, en el plano externo, a lograr superávit comercial (para fortalecer las reservas de oro y plata), mediante el estímulo de las exportaciones y la desincentivación de las importaciones; y, en el plano interno, a la puesta en marcha de toda una política de desarrollo industrial, esto es, de una planificación vinculante de la

costumbre o tradición²². 'Soñ' cosa del pasado, por lo que no merecen nuestra atención, si bien no resulta ocioso advertir que el papel de la costumbre como mecanismo de coordinación económica no ha desaparecido completamente en las economías modernas²³.

Siguiendo a Porket²⁴, dos son los aspectos en los que difieren las economías modernas:

a) la *propiedad de los medios de producción*: los medios de producción pueden ser de propiedad privada o pública; sobre esta distinción se construyen dos sistemas económicos, el **capitalismo** –basado en la propiedad privada de los medios de producción– y el **socialismo** –basado en la propiedad pública de los medios de producción;

b) la *coordinación de la actividad económica*: hay dos tipos de mecanismos de coordinación, el mercado (el contrato) o el mando (la orden); a ambos corresponden dos sistemas económicos, el sistema económico de

actividad industrial. Contra este excesivo intervencionismo, auspiciado por el "mercantilismo", reaccionarán, ya en la segunda mitad del siglo XVII, los adalides del liberalismo económico; doctrina que habría de triunfar en Inglaterra en la segunda mitad del XVIII y en el continente ya entrado el siglo XIX.

Repárese en que el desarrollo económico de Europa coincide con el advenimiento del Estado: las economías modernas que emergen en el XVI son economías *nacionales*. Y adviértase también de que la intervención del Estado sobre la economía ha conocido momentos de mayor o menor vigor, *pero siempre ha habido intervención*.

²² Dentro de la economía tradicional hay que distinguir a su vez una gran línea divisoria: la que representa la aparición de la agricultura (allá por el siglo III a.c). Las economías preagrícolas se caracterizaban por la autosuficiencia, en tanto las unidades económicas primarias (la familias) producían fundamentalmente para su propio consumo: se consumía lo que se producía y, simultáneamente, se debía producir lo que se iba a consumir. Al no haber excedente, no había necesidad de comercio ni de moneda (como valor de cambio). Con la aparición de la agricultura surgirá el excedente y, con él, la división del trabajo, el comercio y la moneda.

A su vez, desde la aparición de la agricultura hasta la edad moderna asistimos, primero, al desarrollo de civilización urbana y un sistema de producción esclavista, cuyo cenit es Roma; después, al declive de las ciudades y la vuelta al campo, tras la caída de Roma, fenómeno al que acompaña un nuevo sistema de producción: el feudalismo; por último, al renacer de las ciudades, de la vida urbana y del comercio.

²³ Pensemos, por ejemplo, en esa reminiscencia de los gremios medievales que representan los colegios profesionales, Cámaras de Comercio y demás «Corporaciones de Derecho Público».

²⁴ PORKET, J.L.: *Modern Economic Systems and their transformation* (St Antony's Series, Macmillan Press LTD, 1998), pág. 14 y ss.

mercado –basado en el mercado- y el sistema económico **de mando o dirigido** –basado en el mando o dirección.

Si se combinan ambos aspectos, cuatro sistemas económicos son posibles en teoría:

1. **Capitalismo de Mercado** («Market Capitalism»): sistema económico basado en la propiedad *privada* de los medios de producción y en el *mercado* como mecanismo de coordinación económica.

2. **Socialismo Dirigido (o de economía dirigida** -«Command Socialism»): sistema económico basado en la propiedad *pública* de los medios de producción y en el *mando o dirección* como mecanismo de coordinación económica.

3. **Capitalismo Dirigido (o de economía dirigida** -«Command Capitalism»): sistema económico basado en la propiedad *privada* de los medios de producción y en el *mando o dirección* como mecanismo de coordinación económica.

4. **Socialismo de Mercado** («Market Socialism»): sistema económico basado en la propiedad *pública* de los medios de producción y en el *mercado* como mecanismo de coordinación económica.

De estos cuatro sistemas, el 1 y el 2 son antitéticos, si bien no se dan en la práctica en estado puro: en ambos se encuentran los dos mecanismos de coordinación (mercado y dirección) y los dos tipos de propiedad (pública o privada). El criterio rector para asignar una economía a uno u otro sistema consiste así en averiguar cuál es el elemento preponderante: *capitalista de mercado* será una economía en la que los medios de producción están preponderantemente en manos privadas y en la que la actividad económica se coordine fundamentalmente a través del mercado; por el contrario, *socialista*

dirigida será una economía en la que los medios de producción sean en su mayoría de propiedad pública y en la que la actividad económica se coordine básicamente (aunque no exclusivamente) mediante órdenes impartidas por el poder político.

Los sistemas 3 y 4 son intrínsecamente inestables, en tanto sufren la tensión de elementos contrapuestos: propiedad privada y dirección (el capitalismo *dirigido*)²⁵ y propiedad pública y mercado (el socialismo *de mercado*). Esa tensión hace de ellos sistemas transitorios, que acaban por transformarse, bien en un sistema capitalista *de mercado*, bien en un sistema socialista *dirigido*. Ejemplos históricos de economías que han respondido más o menos al esquema teórico del capitalismo *dirigido* son la de la Alemania imperial durante la primera guerra mundial, las economías fascista de Italia y nazi de Alemania durante el período de entreguerras, la economía británica durante la Segunda Guerra Mundial o la economía franquista hasta (al menos) el plan de estabilización de 1959. Todas estas economías devinieron a la postre en sistemas capitalistas *de mercado*: así ocurrió en Gran Bretaña²⁶, Alemania e Italia tras la segunda guerra mundial (en estos dos últimos países la transformación del sistema económico coincidió con la recuperación de la democracia); así ocurrió también en España desde 1959, ya durante la dictadura de Franco, si bien el proceso de conversión de una economía *dirigida* a otra de mercado no ha sido fácil²⁷.

²⁵ Como señala Porket, la propiedad privada de los medios de producción en el capitalismo *dirigido* es un cascarón vacío («an empty shell»), porque el poder económico y la toma de decisiones económicas están en manos del «gobierno»; en definitiva, la economía está subordinada *al* y controlada *por* el poder político [Vid. PORKET, J.L.: *Modern Economic Systems and their transformation*; ob. cit., pág. 56].

²⁶ El capitalismo *dirigido* es, por naturaleza, incompatible con la democracia, por lo que sólo coexiste con ésta como sistema económico temporal, adoptado en situaciones de emergencia, como una guerra. De ahí que en una democracia acrisolada como la británica hubo capitalismo *dirigido* únicamente en período de guerra, finalizada la cual el sistema económico recuperó su carácter no dirigido (o de mercado).

²⁷ Debe advertirse que el paso de una economía *dirigida* a otra de *mercado* no significa el fin de la intervención pública sobre la economía. En los países antes citados la economía *de mercado* coexiste con una a veces intensa intervención

Variantes históricas de socialismo *de mercado* los encontramos en la extinta URSS desde 1921 a 1929 -período conocido como NEP (Nueva Política Económica)²⁸- y en Yugoslavia desde principios de los años 50 hasta los 90, siendo el caso yugoslavo ejemplo paradigmático²⁹. En la URSS, la adopción de sucesivas y cada vez más ambiciosas versiones del primer plan quinquenal (en 1928-29), seguida por la colectivización forzosa del campesinado, dieron al traste con el experimento de socialismo *de mercado* e instauraron definitivamente el socialismo *dirigido*³⁰. Yugoslavia es caso parte: país no controlado por la Unión Soviética, no sufrió tanto el impacto del colapso de aquélla como el de su propia guerra civil, que produjo su desmembramiento y la ruina económica. Las economías de los países que han heredado el territorio de la antigua Yugoslavia son economías de transición hacia (se supone) el capitalismo de mercado³¹.

Dado el carácter inestable y puramente transitorio del capitalismo *dirigido* y del socialismo *de mercado*, pondremos nuestra atención a la contraposición entre los dos sistemas antitéticos, el capitalismo *de mercado* (que llamaremos

económica pública, lo cual no es óbice para seguir calificando tales economías como de mercado, en tanto las reglas básicas del mercado no resulten alteradas. Uno de los objetivos de esta capítulo es, precisamente, averiguar cuáles son esas reglas.

²⁸ Señala Alec NOVE que «a los campesinos se les permitió la posesión de la tierra y eran libres de vender su producción en el mercado. La actividad empresarial privada en pequeña escala, especialmente el comercio privado, fue legalizada. En tanto que las grandes industrias (junto con la banca y el comercio exterior) permanecieron en manos del Estado, la mayor parte de las empresas estatales también producían para el mercado, basando sus actividades en contratos con los clientes, no bajo un plan de instrucciones»; vid. NOVE, A.: *El sistema económico soviético* (Siglo Veintiuno ed., 1982), pág. 22.

²⁹ Después de la segunda guerra mundial, la Unión Soviética impuso el socialismo *dirigido* a todo el este de Europa. Sin embargo, Yugoslavia empezó a moverse hacia un variante de socialismo *de mercado* hacia los cincuenta. De acuerdo con Joze MENCINGER (la cita, extraída de Porket, J.L.: *Modern Economic Systems and their transformation*; ob. cit., pág. 71), el país pasó por distintos períodos entre 1945 y el colapso del socialismo a finales de los 80: socialismo administrativo (1945-52), socialismo administrativo de mercado (1953-1962), socialismo de mercado (1963-73) y socialismo contractual (1974-88).

³⁰ Decimos «definitivamente», porque hubo una primera tentativa de socialismo *dirigido*, el llamado «comunismo de guerra», que fue una respuesta a las necesidades de la guerra civil: los recursos eran asignados por el gobierno central, las empresas privadas fueron proscritas y la producción campesina requisada. El fin de la guerra civil llevó al abandono de esta primera tentativa y a la implantación del NEP.

³¹ Variante *sui generis* de socialismo *de mercado*, es la economía china, que en la actualidad es una mezcla inconexa de plan y mercado, así como de empresas estatales, colectivas y privadas.

capitalismo a secas) y el socialismo *dirigido* (que llamaremos *socialismo a secas*), este último en retirada desde su derrumbe en la antigua Unión Soviética. Hoy son excepción los países bajo un sistema económico socialista; el capitalismo se ha quedado solo, bien que ello no es óbice para hacer un análisis comparativo de ambos sistemas, puesto que de su contraposición se obtiene una información sumamente útil para desentrañar el significado del concepto «economía de mercado», que nuestra Constitución ha incorporado a su texto.

Antes de llevar a cabo ese análisis comparativo, conviene no pasar por alto que tanto el capitalismo *dirigido* como el socialismo *de mercado* han hecho sentir su influencia ideológica en las modernas economías occidentales, inspiradas en el capitalismo *de mercado* (capitalismo a secas). En efecto:

- La influencia del capitalismo *dirigido* se ha dejado sentir a través del «corporativismo»³². La ideología corporativa presupone el control público de la actividad económica, rechaza la «competencia» como valor y preconiza en su lugar la «armonía» o la «cooperación». Al servicio de ese valor se instituyen un número limitado de grandes asociaciones nacionales, organizadas por sectores (por ejemplo, la industria) y por roles (empresarios y trabajadores), que actúan como intermediarios entre el Estado y los individuos.

El corporativismo puede ser impuesto o estar basado en acuerdos. En el primero (el corporativismo *impuesto*), las asociaciones nacionales son creadas por el Estado y están subordinadas a él; la pertenencia a las mismas es obligatoria y están organizadas jerárquicamente; su grado de autonomía es mínimo, ya que, en verdad, su tarea consiste en asegurar la buena ejecución de las políticas gubernamentales. Ejemplos de corporativismo *impuesto* los encontramos en la Italia fascista, en la Alemania nazi, en la Francia de Vichy, en el Portugal de Salazar o en la España de Franco.

³² Vid. PORKET, J.L.: *Modern Economic Systems and their transformation*; ob. cit., pág. 58.

En el corporativismo *contractual*, las asociaciones nacionales también tienen miembros obligatorios y están organizadas jerárquicamente, pero, a diferencia del caso anterior, no son creadas por el Estado (que las reconoce o autoriza), sino que surgen espontáneamente y disfrutan de un alto grado de autonomía. La esencia de este modelo es la creación de una estructura tripartita compuesta por el Estado, la asociación nacional que representa a los empleados (el capital) y la asociación nacional que representa a los trabajadores (el trabajo). Son estas tres partes las que acuerdan la política económica, que es, por tanto, una política consensuada. Obviamente, las tres partes se comprometen a asegurar la ejecución de la política comúnmente diseñada. Se comprende fácilmente, a la vista de lo dicho, que las asociaciones de empresarios y trabajadores son algo más que grupos de presión o cuerpos consultivos; tienen un estatus cuasipúblico.

Es esta segunda vertiente del corporativismo la que ha influido en la práctica de las economías de Europa (al menos la continental), mediante la llamada «concertación social», entendida como un proceso de acercamiento y diálogo entre organizaciones empresariales y sindicales y los Gobiernos en torno a los grandes temas de política económica y social, de los que resultan acuerdos vinculantes para empleadores y empleados³³. Esto significa que la coordinación de los planes individuales de los agentes económicos (empresarios y trabajadores), que se lleva a cabo en el mercado, está en parte condicionada por las exigencias que se derivan de tales acuerdos tripartitos.

³³ A diferencia del modelo teórico del corporativismo *contractual*, en los países capitalistas (de mercado) en los que se aplica la «concertación social», hay libertad de asociación y pluralismo asociativo. Sin embargo, el fruto de los acuerdos entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y laborales más representativas (las únicas que concurren a la concertación, y que son algo más que meras asociaciones) se impone a todos los trabajadores y empresarios.

Por lo demás, la ideología corporativa no ha sido socavada del todo por la oleada neoliberal y globalizadora que se abate sobre la economía actual. Aún se sigue practicando en Europa la «concertación social».

- Por su parte, la influencia ideológica del socialismo de mercado (especialmente del modelo colectivista)³⁴ se ha hecho sentir en los países capitalistas a través de toda una corriente doctrinal y política que ha abogado por la democratización de la economía, aunque sin cambiar el carácter privado de la propiedad de los medios de producción. Se ha defendido así *la participación de los trabajadores en la empresa*, bien mediante la presencia de representantes de los trabajadores en sus órganos de dirección o gestión, compartiendo con los representantes del capital las decisiones propias de la gestión empresarial (es la fórmula de la «cogestión», llevada a la práctica en Alemania), bien mediante el fomento de empresas de propiedad de los trabajadores (las sociedades cooperativas)³⁵.

3.3. Sistema económico y sistema político.

3.3.1. Los sistemas políticos.

Dentro de los componentes del entorno que inciden sobre un sistema económico se encuentra el sistema político. Un sistema político se puede definir como un conjunto de interacciones entre individuos y grupos concernientes al ejercicio del poder en una sociedad; o, en palabras de David

³⁴ De acuerdo con PORKET (*Modern Economic Systems and their transformation*; ob. cit., pág. 75), los diversos modelos teóricos de socialismo de mercado pueden reducirse a tres:

a) Socialismo de mercado *clásico*: sistema en el que las empresas son de propiedad pública, están gestionadas por gestores elegidos por el «Gobierno» y responsables ante él y, por último, el «Gobierno» se apropia de los beneficios.

b) Socialismo de mercado *de gestión laboral* («labour-managed»): se diferencia del anterior en que las empresas, aunque son de propiedad pública, son gestionadas por gestores elegidos por los trabajadores y responsables ante ellos, si bien la distribución de beneficios es decidida por el «Gobierno».

c) Socialismo de mercado *colectivo*: sistema en el que las empresas son de propiedad de los trabajadores y son gestionadas por gestores elegidos por y responsables ante aquellos; además, son los trabajadores los que se apropian de los beneficios, dado que son propietarios de las empresas.

³⁵ Propuesta de la que se hace eco nuestra Constitución (art. 129.2), que, por lo demás, auspicia con carácter general la participación de los trabajadores en la empresa, e ¡incluso el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción!.

EASTON, «una serie de interacciones abstraídas de la totalidad de la conducta social mediante la cual se asignan autoritariamente valores en una sociedad»³⁶. Tales interacciones constituyen el centro de nuestra atención, por lo que no interesa lo relativo a las estructuras particulares, tanto formales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, partidos, etc.) como informales (grupos de presión, medios de comunicación, etc.), a través de las cuales se manifiestan aquellas.

A estos efectos, los sistemas políticos modernos pueden clasificarse con arreglo a dos criterios:

a) *La participación de la población en el poder político:*

Con arreglo a este criterio, se distingue entre **democracia** y **autocracia** o **dictadura**³⁷. En la primera, los titulares del poder político son elegidos periódicamente en elección pública por la población (los miembros del sistema político) mediante sufragio universal, libre e igual; ello exige, como condición de la democracia, que los miembros (llamados ciudadanos) tengan derechos políticos (libertad de expresión, libertad de reunión y asociación política, derecho de sufragio pasivo, derecho a hacer oposición a los que ejercen el poder político...). Por el contrario, en la dictadura, el o los titulares del poder político no son elegidos ni, por tanto, son responsables ante los miembros del sistema político (rebajados a la condición de súbditos); estos carecen de derechos políticos y, obviamente, no se tolera oposición política alguna.

³⁶ EASTON, D.: *Esquema para el análisis político* (Ammorrortu ed. -Buenos Aires, 1969), pág. 90. Para Easton, lo que distingue las interacciones políticas de las otras interacciones sociales es que se orientan hacia la asignación autoritaria de valores para una sociedad; y una asignación es autoritaria cuando las personas que hacia ella se orientan se sienten obligados por ella.

Ciertamente, el ejercicio de poder (la asignación obligatoria de valores) tiene lugar también en las familias, empresas, partidos políticos, iglesias, escuelas, clubes y otros grupos sociales. Sin embargo, se trata de un ejercicio de poder *parapolítico* y no político; sobre la diferencia entre sistemas políticos y parapolíticos, vid. págs. 80 y ss del libro antes citado.

³⁷ En sentido jurídico-constitucional, *democracia* y *dictadura* son «formas de Estado»; sobre el concepto, vid. voz «FORMA DE ESTADO» en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas, 1995), pág. 3146.

A diferencia de la dictadura, que excluye toda participación de la población en la política, la democracia posibilita dicha participación, que no se reduce al voto en elecciones periódicas. Entre elección y elección, los ciudadanos pueden hacerse oír de diversas maneras y pueden influir en la toma de decisiones políticas. Bien que una cosa es influir y otra muy distinta es participar en la toma de decisiones en sí; esto último es competencia exclusiva de quienes ostentan el poder (a salvo de la excepción que suponen las diversas instituciones de democracia directa)³⁸.

b) *el grado de control del poder político sobre la esfera no política (la económica en particular):*

Con arreglo a este criterio, un sistema político es **liberal** o **totalitario**, según que el grado de control del poder político sobre la actividad *no política* sea mínimo o máximo. En la práctica, los sistemas políticos se mueven dentro de una línea con dos extremos (sistema liberal puro y sistema totalitario puro), de tal suerte que un sistema político será liberal cuando los individuos sean esencialmente autónomos respecto del poder político, mientras que será totalitario cuando carezcan de dicha autonomía. Dicho en otras palabras, liberal es aquel sistema político que asegura a los individuos un ámbito de libertad inmune a la acción del poder político; totalitario, por el contrario es aquel otro que niega o, al menos, no garantiza ese ámbito de libertad.

Esto significa, *en lo que respecta a la actividad económica en particular*, que en un sistema político *verdaderamente liberal* siempre debe haber un ámbito reservado a la iniciativa económica privada³⁹. Por su parte, un sistema

³⁸ En los sistemas políticos democráticos actuales, la tensión entre democracia directa y representativa (la una basada en la participación directa del pueblo en la toma de decisiones políticas, la otra basada en el apoderamiento popular de representantes para que tomen tales decisiones) se ha resuelto a favor de la segunda. El dilema no es hoy elegir entre una y otra, sino en decidir en qué medida y hasta dónde las actuales democracias representativas deben incorporar a sus instituciones las técnicas de democracia directa.

³⁹ Ese ámbito, además, no tiene por qué establecerse con un criterio material absoluto. La reserva de un ámbito de inmunidad en lo económico no tiene por qué significar que un área económica concreta esté exenta de todo control por parte del

político *verdaderamente totalitario* es aquel en el que, o bien no existe iniciativa económica privada, o bien existe pero por mera concesión del poder político; en definitiva, la esfera económica está enteramente subordinada a la esfera política.

Combinando ambos criterios, resultan en principio cuatro tipos ideales de sistemas políticos: **democracia liberal**, **democracia totalitaria**, **dictadura liberal** y **dictadura totalitaria**. De ellos, la democracia totalitaria resulta un imposible lógico, al menos si dotamos a la democracia de un significado material y no puramente formal: democracia es, por supuesto, elección del titular del poder político (significado formal), pero también es limitación del poder político (significado material). Limitación que, como es sabido, se lleva a cabo de dos maneras: primero, mediante la división del poder político (en varios que se controlan mutuamente); segundo, precisamente mediante la atribución a los ciudadanos de una esfera de derechos inmune a la acción del poder político, entre los cuales se incluyen los de naturaleza económica (como la propiedad y la libre iniciativa económica). La democracia, o es liberal, o no es democracia.

Quedan, por tanto, tres tipos ideales:

1. La **democracia**: sistema político en el que los titulares del poder político son elegidos por la población (los ciudadanos) y en el que aquellos *ejercen un control limitado sobre la esfera no política*.

2. La **dictadura liberal**: sistema político en el que los titulares del poder político no son elegidos por la población -que carece de derechos políticos- y en el que aquellos ejercen un control limitado sobre la esfera no política.

poder político. Ese control puede e incluso debe existir, pero siempre que no impida en la práctica el ejercicio de la iniciativa económica particular en esa área, en cualquiera de sus momentos concretos (inicio, desarrollo, cese).

3. **La dictadura totalitaria:** sistema político en el que los titulares del poder político no son elegidos por la población -que carece de derechos políticos- y en el que aquellos ejercen un control ilimitado o ilimitable sobre la esfera no política.

3.3.2. *La compatibilidad entre sistemas políticos y sistemas económicos.*

Hemos reducido los sistemas económicos a dos (capitalismo y socialismo) y los sistemas políticos a tres (democracia, dictadura liberal y dictadura totalitaria). Pues bien, no todo sistema económico es compatible con todo sistema político, ni viceversa. Si centramos el punto de vista en los sistemas económicos, las conclusiones son estas:

a) El *Socialismo* es incompatible con la *democracia* y la *dictadura liberal* y compatible con la *dictadura totalitaria*.

El socialismo, en cuanto que se basa en la propiedad **pública** de los medios de producción y en la coordinación **pública** de la actividad económica (mediante una planificación imperativa) no deja espacio (o deja muy poco espacio) a la iniciativa económica privada, por lo que es radicalmente incompatible con un sistema político *liberal* (ya sea dictadura o democracia) que, por definición, garantiza una esfera de libertad económica a los individuos inmune al control del poder político.

El único sistema político compatible con el socialismo es la dictadura *totalitaria*, que asegura a los titulares del poder político un control ilimitado e ilimitable sobre toda la actividad económica. En realidad, no es que el socialismo sea compatible con la dictadura totalitaria, sino que aquél es impensable sin ésta: no cabe socialismo sin dictadura totalitaria⁴⁰. Y el

⁴⁰ Por el contrario, si cabe dictadura totalitaria sin socialismo. Es el caso de los regímenes fascistas del período de entreguerras, que convivieron con un sistema

hermanamiento de ambos produce como consecuencia que el poder político y el poder económico estén concentrados en manos de un «gobierno» no elegido por el pueblo.

b) El *capitalismo* es incompatible con la *dictadura totalitaria* y compatible con la *democracia* y con la *dictadura liberal*.

En cuanto sistema económico basado en la propiedad **privada** de los medios de producción y en la coordinación **privada** de la actividad económica (a través del mercado), el capitalismo necesita un clima de libertad económica que sólo le proporciona un sistema político *liberal*, sea este una democracia o una dictadura. Al capitalismo le es indiferente si el titular del poder político ha sido elegido o no por el pueblo; lo esencial es que aquél ejerza sólo un control limitado sobre la actividad económica. Por tanto, el capitalismo puede coexistir con una democracia (por definición «liberal») o con una dictadura, siempre que esta última sea «liberal». Con quien no puede coexistir, por definición, es con una dictadura «totalitaria».

Debe advertirse que, *si bien el capitalismo puede vivir sin la democracia, la democracia no puede vivir sin el capitalismo*. Como hemos señalado antes, la democracia o es liberal o no es. Ello implica que un sistema político democrático sólo puede coexistir con un sistema económico que garantice una amplia esfera de libertad a los individuos *también en lo económico*; requisito éste que, obviamente, no cumple el socialismo y sí el capitalismo. La democracia como sistema político reclama necesariamente el capitalismo como sistema económico: no hay democracia sin capitalismo⁴¹.

económico capitalista, bien que capitalismo dirigido. Sobre el carácter inestable de un sistema económico tal ya hemos escrito antes.

⁴¹ Advierte THURLOW que democracia y capitalismo son antagónicos en lo que a la distribución del poder se refiere: la primera cree en una distribución del poder político igual («un hombre, un voto»); el segundo cree en la desigual distribución del poder económico (el deber de los económicamente más fuertes es expulsar a los débiles del mundo de los negocios y provocar su extinción. Es «la supervivencia del más fuerte»). De manera que, si en los dos últimos siglos, una y otro han coexistido, ha sido por dos razones fundamentales: primera, porque siempre ha sido posible convertir el poder

3.4. Capitalismo versus Socialismo.

En su teoría de los Gobiernos, distingue Montesquieu entre la *naturaleza* de cada Gobierno (lo que le hace ser tal) y su *principio* (las pasiones humanas que lo ponen en movimiento). Así definidos, este par de conceptos resulta sumamente útil para comparar los dos sistemas económicos que se han contrapuesto durante buena parte del siglo XX, el capitalismo y el socialismo:

3.4.1. El principio.

Todo sistema económico está animado por un principio que lo pone en movimiento. En términos económicos, el «principio» se identifica con el «incentivo» del sistema. Capitalismo y socialismo responden a principios/incentivos muy distintos:

A. El principio que mueve el sistema capitalista es la **acumulación de capital** (en forma de dinero)⁴². El capital es algo distinto de la riqueza: esta es un fin en sí mismo; por contra, el capital es la riqueza entendida como medio para acumular más riqueza. En este sentido, el capital tiene un carácter dinámico, es un proceso de metamorfosis continua del dinero (D) en mercancía (M), de ésta en dinero (D'), de éste a su vez en mercancía (M'), de ésta a su vez en dinero (D'') ..., y así sucesivamente en un círculo interminable: D-M-D'-

económico en poder político u viceversa; segunda, porque los gobiernos han desplegado una actividad tendente a modificar los resultados del mercado y a generar una más equitativa distribución de los ingresos [THUROW, L.: «Democracia contra mercado», en *El futuro del capitalismo*; ob. cit., cap. 13.

⁴² Sobre esta cuestión, vid. HEILBRONER, R.: *Naturaleza y lógica del capitalismo* (ob. cit.) y *El futuro del capitalismo* (ob. cit.); en ambos libros baso mi exposición.

M'-D"... El principio constitutivo del capitalismo es, pues, el uso de la riqueza no como un fin en sí mismo, sino como una forma de acumular más riqueza⁴³.

Si el principio que anima el sistema –su fuente de energía- es la acumulación de capital, la *lógica* del capitalismo es la **búsqueda del beneficio**. El beneficio es la sangre que da vida al capitalismo, ya que asegura la viabilidad del proceso de metamorfosis continua en que consiste el capital; es la condición «sine qua non» de expansión del capital⁴⁴. *De ahí que suprimir el derecho al beneficio es tanto como suprimir el capitalismo.*

B. El principio que anima el socialismo es la **construcción del comunismo**. Tal como lo expone Lenin en su obra «El Estado y la revolución», el paso de la sociedad capitalista a la comunista se tiene que conseguir no pacíficamente, sino mediante la *revolución*, que será llevada a cabo por las masas proletarias bajo la guía del partido comunista. Alcanzado el poder político con la revolución, viene la fase de *dictadura del proletariado*; esta dictadura es necesaria para conseguir dos finalidades: de una parte, eliminar los coletazos últimos del capitalismo y, de otra, educar al pueblo, envenenado por la educación capitalista, con una mentalidad comunista. A la dictadura del

⁴³ ¿A qué responde este impulso interminable e irresistible de acumulación de capital? Sin duda que al deseo de prestigio, pero fundamentalmente al deseo de poder. El capital confiere poder a su poseedor, pero un poder de distinto signo del que tiene el poseedor de poder político: este último se basa en la coacción (la amenaza del uso de la fuerza); el del capitalista, en su derecho de exclusión, ligado a la propiedad de los medios de producción (el propietario puede impedir a los no propietarios el acceso a los medios de producción y a los frutos de ésta). La dominación del comerciante, por ejemplo, reside en su derecho legal a no vender a los que no se avengan a sus precios; la del capitalista industrial, en su derecho a no ofrecer empleo a quienes no se avengan a sus condiciones. Sobre esta cuestión, vid. HEILBRONER, R.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*; ob. cit., pág. 31 y ss.

⁴⁴ Para Heilbroner, el beneficio es la sangre del capitalismo no sólo porque es el medio que permite a los capitales individuales su expansión, sino también porque evidencia el poder del capitalista. Ese poder fundamental «reside en el derecho de los poseedores de la riqueza a impedir que pueda ser usada a menos que les sea permitido apropiarse de las ganancias ... que aparecen cuando el capital se pone a disposición de la sociedad»; vid. HEILBRONER, R.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, ob. cit., pág. 65.

Obviamente, la búsqueda de beneficio debe entenderse también como el incentivo inmediato para producir bajo un sistema capitalista. A la idea de maximización del beneficio nos referiremos en el apartado sobre el *mercado*.

proletariado sigue la fase *socialista*; en esta fase, el Estado se hace dueño de los medios de producción y se van eliminando las diferencias de clase, aunque sin llegar a su total extinción (el lema regulador de esta fase es «de cada uno según su capacidad y a cada uno según su rendimiento»). La extinción de las diferencias de clase permitirá alcanzar la última fase, el *comunismo*, en el que el Estado se extinguirá por ser innecesaria su función.

Por tanto, el sistema económico que hemos llamado *socialismo* es, en puridad, una fase de transición hacia el comunismo, el objetivo final, para llegar al cual se necesita un desarrollo económico que permita alcanzar la abundancia. Sólo así será posible realizar el principio marxiano: «De cada uno según su capacidad y a cada uno según su necesidad». *La construcción del comunismo como objetivo final, el desarrollo económico como objetivo inmediato*: estos son los principios a los que sirve el sistema económico socialista y que legitiman el monopolio del poder por el partido comunista, que afirma guiar al pueblo hacia la consecución de los mismos.

Como se ve, capitalismo y socialismo responden a principios/incentivos muy distintos. Al capitalismo lo mueven dos incentivos (uno mediano -la acumulación de capital, otro inmediato -la búsqueda del beneficio) *individualistas, espontáneos y puramente materiales (o económicos)*. Por el contrario, al socialismo lo mueve un incentivo mediano (la construcción del comunismo) *colectivo, impuesto* (por el poder político) y *no material o económico* (la sociedad sin clases); y un incentivo inmediato también colectivo e impuesto, pero *material o económico* (el desarrollo económico).

3.4.2. La naturaleza.

La «naturaleza» de un sistema económico es lo que lo hace reconocible como tal sistema y lo que lo diferencia de los demás. Animados por principios distintos, capitalismo y socialismo tienen una naturaleza distinta o, mejor dicho, antitética. Como hemos expuesto antes, se diferencian, primero, en cuanto a la

propiedad de los medios de producción y, segundo, en cuanto a la coordinación de la actividad económica:

A. La propiedad de los medios de producción.

Por «medios de producción» se entiende el conjunto de elementos necesarios para producir en un momento dado. Los «medios de producción» parecen así identificarse con los «factores de producción»: *tierra* (recursos naturales), *trabajo* y *capital* ⁴⁵ (algunos añaden también la *tecnología*, si bien nosotros la incorporamos al capital) ⁴⁶. Sin embargo, a poco que reparemos, vemos que el *trabajo* es un factor muy distinto a la *tierra* y el *capital*: el primero alude a personas, los otros a cosas. Su tratamiento, a efectos de derechos de propiedad⁴⁷, no puede ser el mismo: sobre las cosas cabe predicar derechos

⁴⁵ «Capital» es una expresión polisémica: de una parte, designa un factor de producción, los bienes de equipo o, más ampliamente, todas las aportaciones proporcionadas por los hombres para acelerar la producción, tales como instrumentos, maquinaria, plantas y equipos, tecnología; de otra parte, designa el dinero o, más exactamente, los recursos financieros necesarios para invertir en la producción. En una economía capitalista, ambas clases de capital se adquieren en mercados específicos: la primera, en el mercado de *bienes de equipo* o de *bienes de capital* (que es un mercado de bienes o productos); la segunda, en el mercado de *capitales*. En este último, el productor cuenta con varias posibilidades para obtener el dinero necesario para invertir: pedir un préstamo o un crédito a un banco, pedir prestado a particulares mediante la emisión de deuda (bonos, obligaciones y letras) o emitir acciones (siendo así que los accionistas son los dueños del capital).

Técnicamente el dinero no es factor de producción, porque no es utilizado en el proceso de producción; sin embargo, para nosotros es medio de producción, en cuanto imprescindible para activar y desarrollar dicho proceso de producción (sin dinero no se pueden adquirir los *factores de producción* necesarios para producir – tierra, bienes de capital, trabajo). Por tanto, el concepto «capital», en cuanto *medio* de producción, es más amplio que en cuanto *factor* de producción.

⁴⁶ Otros añaden a veces otro factor: el *empresariado*, que acepta los riesgos de nuevos productos y métodos de producción.

⁴⁷ En sentido *jurídico*, tres son los derechos de propiedad sobre las cosas: primero, el derecho a la disposición de la cosa en cuestión (*ius disponendi*); segundo, el derecho a su utilización por el titular de la manera que estime más apropiada (*ius utendi*); tercero, el derecho a apropiarse y usar los productos y/o servicios generados por la cosa (*ius fruendi*).

A efectos *económicos* no importa el título jurídico concreto en el que el productor (el empresario) posea los medios de producción (si en calidad de propietario o arrendador, por ejemplo); lo relevante es que tenga la facultad exclusiva de decidir sobre su uso y, por supuesto, la facultad de apropiarse de los bienes o servicios producidos para lanzarlos al mercado. En sentido económico, los *iura* esenciales son los dos últimos (*ius utendi* y *ius fruendi*).

de propiedad, pero no sobre la actividad de personas⁴⁸. Por tanto, a efectos de ejercer la propiedad, medios de producción son para nosotros exclusivamente la tierra y el capital (este último entendido en su doble dimensión de «factor de producción» y de «dinero para inversión»).

La propiedad sobre los medios de producción puede ser *privada* o *pública*. Si la propiedad *privada* prevalece, los derechos de propiedad sobre la tierra y el capital (disposición, utilización, uso de la producción obtenida) corresponden a los individuos; si la propiedad *pública* prevalece, estos derechos corresponden al Estado. El **capitalismo** se basa en la propiedad *privada* de los medios de producción, el **socialismo** en la propiedad *pública* de los mismos⁴⁹.

La elección de una y otra forma de propiedad es plenamente coherente con los principios que animan cada sistema:

- La propiedad *privada*, con el principio de «acumulación de capital» y su derivación inmediata, la «búsqueda del beneficio».

Téngase en cuenta que el poder del «capitalista» se basa, no en la coacción, sino en el derecho de exclusión, ligado precisamente a la propiedad de los medios de producción: el poseedor de la riqueza tiene derecho a excluir su uso a menos que le sea permitido apropiarse de los beneficios. Si no fuera propietario de los medios de producción, el capitalista no tendría *poder* para impedir a otros el uso de unos medios que no le pertenecerían, ni tendría *poder* para reclamar un beneficio a cambio de poner a disposición de la

⁴⁸ A menos que hagamos una interpretación de la existencia individual en clave de propiedad: el individuo es propietario de su propia persona y de sus capacidades. A este respecto, el trabajador (en una economía capitalista) es propietario de sus capacidades, pero consiente en ponerlas al servicio de otra persona (el empresario), que se apropia también de los frutos de ella, a cambio de un precio. Personalmente no comparto esta visión (propia del llamado «individualismo de posesión»); la existencia individual debe interpretarse, en mi opinión, en clave de dignidad y libertad.

⁴⁹ En lo que respecta al factor «trabajo», hay que decir que, en un sistema capitalista, el individuo tiene libertad de elección de trabajo; por el contrario, en un sistema socialista puede ocurrir que, por necesidades de la planificación, el organismo central niegue esa libertad y que, en consecuencia, dicte a cada uno su ocupación y su puesto de trabajo.

sociedad unos medios que no le pertenecerían; no habría incentivo alguno para producir. La atribución y protección de los derechos de propiedad privada sobre los medios de producción deviene así en condición de existencia del capitalismo.

- La propiedad *pública*, con el principio de la «construcción del comunismo» a través del «desarrollo económico». Para alcanzar ese objetivo político, debe darse al Estado un control absoluto sobre la economía. De ahí que sea enteramente consecuente que el sistema económico atribuya a aquél la propiedad de los medios de producción: sólo el propietario de los medios está en disposición de controlar el proceso productivo.

B. *La coordinación de la actividad económica.*

Afirma EUCKEN⁵⁰ que, en todos los tiempos y en todos los lugares, la actividad económica humana tiene lugar en virtud de planes económicos y a través de su ejecución: todo el obrar económico se basa en planes. A este respecto, distingue entre dos sistemas económicos:

a) El sistema económico de la *economía con dirección central*: se caracteriza porque la dirección de todo el acontecer económico de una comunidad se efectúa a base de los planes elaborados por *un sólo* organismo central. Este *único* organismo determina cómo debe combatirse la escasez de bienes.

⁵⁰ EUCKEN, W.: *Cuestiones fundamentales de la economía política* (Alianza Editorial, 1967 -2.ª ed. Española sobre la 3.ª alemana); en particular capítulos 6 y 7.

b) El sistema económico de la *economía de tráfico*: se caracteriza porque la economía social se compone de *dos* o de *muchas* economías individuales, *cada una* de las cuales elabora y ejecuta planes económicos.

A diferencia del sistema anterior, en el cual el proceso económico se desarrolla enteramente conforme a un plan de la autoridad central, en la *economía de tráfico* el proceso económico es el resultado de planes parciales, de una pluralidad de planes económicos. Ello supone un problema adicional al de la escasez, que no existe en la *economía con dirección central*: ¿cómo coordinar los planes individuales?. Esta coordinación se logra a través del *mercado*.

El **capitalismo** responde al segundo modelo: se trata de un sistema económico basado en la pluralidad y en la coordinación de la actividad económica mediante el *mercado*. El **socialismo**, por el contrario, responde al primer modelo: se trata de un sistema económico basada en la unidad (esto es, en la concentración del poder económico en manos de una autoridad central) y en la dirección de la actividad económica mediante *planes* elaborados por esa autoridad central⁵¹.

Al *mercado* como mecanismo de coordinación dedicaremos más adelante atención especial; ahora sólo procede dar unas elementales pinceladas del sistema de planificación. En esencia, una economía *planificada* se caracteriza:

⁵¹ Mercado y plan son consecuentes con los principios animadores del capitalismo y socialismo. El «mercado» no es, en puridad, una condición de existencia del capitalismo (como sí lo es la propiedad privada), sino más bien una condición de *funcionamiento*: el mercado introduce orden en el sistema; orden sin el cual se autodestruiría. En lo que respecta al plan, valen las mismas razones dadas para la propiedad pública de los medios de producción: la planificación imperativa responde a la necesidad que tiene el Estado de controlar férreamente la actividad económica, a fin de asegurar el logro del objetivo soñado (la sociedad sin clases comunista).

- primero, por ser una economía *dirigida centralizadamente* por una autoridad (central)⁵², mediante instrucciones vinculantes contenidas en un documento llamado *plan*. En este documento se indica qué, cómo, cuánto y cuándo producir y a quién y cómo distribuir el producto. Ello presupone que la autoridad central debe conocer cuáles son las necesidades de la sociedad, de manera que en el plan se contengan las instrucciones precisas para satisfacer tales necesidades⁵³.

- segundo, por ser una economía *organizada verticalmente*: las instrucciones del plan se transmiten a las unidades inferiores, las empresas, todas ellas pertenecientes al Estado. Las empresas estatales carecen de autonomía: se limitan a ejecutar las instrucciones dimanantes del plan, que debe ser cumplido sean cuales sean sus efectos⁵⁴. Esta es una consecuencia lógica de un sistema en el cual el centro identifica lo que se necesita hacer y ordena que se haga.

⁵² En la antigua Unión Soviética, esa autoridad central era el Politburó (el órgano de gobierno del partido comunista); el Consejo de Ministros (el Poder Ejecutivo formal) era el responsable de llevar a cabo las políticas decididas por el Politburó. El Consejo de Ministros y sus agencias (comités estatales y ministerios económicos) expedían a tal efecto instrucciones obligatorias a las unidades subordinadas (las empresas públicas).

⁵³ Este es precisamente uno de los puntos débiles del sistema: ¿hasta qué punto la autoridad central puede conocer las necesidades de toda la sociedad?. Conocido es el famoso debate que se produjo en la década de los treinta entre el economista liberal Ludwig Von Mises y el economista socialista Oskar Lange sobre las perspectivas de un sistema coherente de planificación central. Mises declaró que un sistema así era "imposible" porque los planificadores nunca podrían recabar la información que un sistema de mercado ofrecía continuamente y sin esfuerzo mediante las "señales" de los precios. La Historia ha demostrado que Mises fue correcto en cuanto a los resultados, si bien, a juicio de Heilbroner, no por la razón correcta.: «El enemigo no fue una ausencia de información: los equipos del aparato planificador de la Unión Soviética sabían cuándo el suministro de calzado escaseaba o (más raramente) era excesivo. Lo que faltaba era el incentivo para hacer algo al respecto. El interés propio aconsejaba dejar las cosas a su aire y no hacer nada. Por tanto, la inercia burocrática fue el enemigo del sistema de planificación -al final un enemigo mortal.» (HEILBRONER, R.: *El futuro del capitalismo*; ob. cit., págs. 85-86)».

⁵⁴ Al objeto de lograr sus objetivos de producción y proteger sus intereses, los directores de las empresas (y los trabajadores a su servicio) a menudo pasan por alto las normas y las instrucciones del plan.

Una economía centralizada y organizada verticalmente no necesita del mercado: la producción es determinada por el centro, no por las preferencias de los consumidores, y se expresa en unidades físicas. Tampoco existe mercado de trabajo: si alguien necesita trabajo, se le asigna uno entre los disponibles. El dinero y los precios existen, pero su papel es reducido: a los ciudadanos se les paga en dinero por su trabajo, y gastan la mayor parte de ese dinero en las tiendas del Estado, eligiendo entre lo que está disponible. Tanto el salario de los trabajadores como los precios de los bienes son fijados por el Estado.

Las diferencias entre una economía basada en el mercado y otra basada en la planificación son profundas. Estas diferencias imprimen varias características particulares al capitalismo y al socialismo:

1.^a el capitalismo es un sistema *pluralista*, basado en la concurrencia de una pluralidad de sujetos económicos; el socialismo es un sistema *monista*, en el que las decisiones económicas las toma un solo sujeto (que tiene el monopolio de la oferta).

2.^a el capitalismo es un sistema *descentralizado*, en el que las decisiones económicas las toman fundamentalmente unidades primarias (empresas y familias); el socialismo es un sistema *centralizado*, en el que las decisiones económicas las toma una autoridad central, mediante instrucciones vinculantes para las unidades inferiores.

3.^a en el capitalismo, la información fluye *horizontalmente*, en tanto se provee mediante el libre encuentro entre oferentes y demandantes en el mercado; en el socialismo, la información fluye *verticalmente*, desde el centro a las unidades inferiores.

En conclusión, capitalismo y socialismo son sistemas económicos antitéticos: animados por principios muy distintos, su naturaleza difiere tanto en lo que respecta a la propiedad de los medios de producción como en lo que respecta a la coordinación misma de la actividad económica. En la práctica, sin embargo, tanto el uno como el otro consienten la mezcla de elementos contradictorios, pero no en proporciones arbitrarias, *so pena* de desnaturalizarse: una sociedad capitalista admite en su seno tanto propiedad pública de los medios de producción como coordinación pública de la actividad económica, *pero hasta un límite*, traspasado el cual se convierte en una sociedad socialista; lo mismo cabe decir, al contrario, respecto de una sociedad socialista. En definitiva, el riesgo de injertar un elemento extraño en un sistema económico dado es precisamente que éste se desintegre y se transforme en otro para el que el elemento injertado sea más apropiado.

3.5. El sistema económico capitalista: conclusiones provisionales.

Todo nuestros esfuerzos se han dirigido a lograr un objetivo: descubrir qué se esconde bajo la expresión «capitalismo». Las conclusiones son estas:

1.^a El capitalismo es un sistema económico, esto es, un modo singular de organizar las actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios en una sociedad determinada.

2.^a El principio que anima el capitalismo es la **acumulación de capital**, la ambición de obtener riqueza con el fin de obtener más riqueza; y la lógica que se deriva de este principio es la **búsqueda del beneficio**: sin derecho al beneficio no hay capitalismo. Ambos son incentivos *individualistas, espontáneos y materiales*.

3.^a La naturaleza del capitalismo, lo que lo identifica como tal, es, por una parte, que la propiedad de los medios de producción está en manos privadas y, por otra parte, que la coordinación de la actividad económica se lleva a cabo a través del mercado. **Propiedad privada y mercado** son, en una primera aproximación, las piezas que componen el capitalismo, las que construyen su imagen maestra: no puede existir capitalismo (como sistema económico estable) sin el concurso conjunto de ambos elementos.

4.^a El mercado nos indica que es un sistema *pluralista y descentralizado*, y que la información fluye *horizontalmente*, a través de la libre concurrencia de oferentes y demandantes.

5.^a El capitalismo es incompatible con una dictadura totalitaria y compatible con una dictadura liberal y con una democracia. Esta última es sólo posible con un sistema capitalista.

6.^a El capitalismo es compatible con un cierto volumen de propiedad pública de medios de producción y con un cierto grado de coordinación pública de la actividad económica, siempre que tanto lo uno como lo otro no se den en proporciones desmesuradas, pues, de lo contrario, se desnaturalizaría y se transformaría en un sistema económico distinto.

En verdad, el capitalismo se ha quedado sólo: tras el colapso económico del bloque soviético, son muy pocos los países que se rigen todavía bajo el socialismo (la única excepción significativa -y con reparos- es China). La tensión capitalismo-socialismo ha dejado paso a otra: *más o menos intervención pública bajo el sistema capitalista*, asunto éste que no interesa

abordar ahora. Sí interesa (y mucho) resolver cierta confusión conceptual: en la actualidad, se suele emplear la expresión «economía de mercado» para designar al sistema económico capitalista. Sin duda que esa expresión parece sonar mejor que la de «capitalismo», voz sospechosa que evoca imágenes de explotación propias de las obras de Dickens. Sin embargo, en sentido estricto, capitalismo y mercado no son lo mismo: el mercado es parte del capitalismo, pero no su totalidad; la otra parte de la que se compone es, como sabemos, la propiedad privada de los medios de producción. Por tanto, cuando hablamos de «economía de mercado» nos estamos refiriendo a una parte de la naturaleza del sistema capitalista, aquella que lo identifica como aquel en el que la coordinación de la actividad económica se lleva a cabo mediante la confluencia de agentes privados en el mercado. A desentrañar el «mercado» se dirigen las próximas páginas.

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN «ECONOMICA» A LA ECONOMIA DE MERCADO (II)

1. EL MERCADO.

1.1. Concepto y función.

Sabemos que, a diferencia de las economías *planificadas*, en las que las decisiones económicas de una sociedad (qué, cómo y cuánto producir y cómo distribuir lo producido) son tomadas por una autoridad central (que tiene el monopolio de la oferta de productos), las economías *de mercado* se caracterizan por estar formadas por una pluralidad de economías individuales (productores y consumidores), cada una de las cuales toma sus propias decisiones económicas (los productores sobre qué, cuánto, cómo y para quién producir; los consumidores, sobre qué, cuánto, cómo y para quién consumir) con arreglo a sus planes individuales. El mercado es el instituto que permite coordinar todos esos planes individuales, el mecanismo que hace funcionar el sistema capitalista, el que introduce orden en el mismo. Un orden que se dice espontáneo, porque nace del acoplamiento de las actividades humanas, sin necesidad de una autoridad ordenadora. Pero, ¿qué es el mercado?; ¿cómo coordina espontáneamente los planes parciales de los agentes económicos?.

La primera imagen que tenemos del mercado es la de un lugar en el que la gente se reúne para comprar y vender algo. Aunque esta imagen es válida, el término «mercado» tiene un significado más amplio, pues se refiere a «cualquier situación en la que se realicen intercambios, si bien estos pueden no parecerse a los mercadillos tradicionales de los

pueblos»¹. En un sentido estático, el mercado es un *espacio* (que puede ser un mercadillo de pueblo, pero también un supermercado, la bolsa de valores, las agencias de empleo temporal o ese espacio virtual que es Internet); en un sentido dinámico el mercado es el *intercambio* mismo. Conciliando ambos sentidos, tenemos que el mercado es *un espacio para el intercambio, en el que se realizan las transacciones y se determinan los precios*.

Desde una perspectiva general (desde el funcionamiento de la economía en su conjunto) el mercado persigue coordinar las decisiones económicas individuales al objeto de lograr una asignación eficiente de recursos. Sin embargo, desde una perspectiva individual (desde la posición de cada agente económico) su función es facilitar el intercambio. Desde esta última perspectiva, los mercados «existen para reducir los costes que implica la realización de transacciones»². Frente a la economía *de dirección central*, en la que el intercambio es predeterminado por una autoridad central omnipotente, en la economía *de tráfico*, el intercambio queda al arbitrio de los agentes económicos privados, en manos de la autonomía privada. Cuando uno de estos agentes desea llevar a cabo un intercambio, se encuentra con al menos dos problemas: primero, averiguar si el intercambio le es beneficioso, de manera que sea preferible intercambiar a no intercambiar; y, segundo, asegurarse la ejecución del intercambio en la forma pactada con la contraparte. Resolver cada uno de esos dos problemas es costoso, puesto que el agente debe invertir recursos tanto en averiguar si de verdad el intercambio le es beneficioso como en asegurar su correcta ejecución. Ambos son costes de *transacción*: los primeros son costes de

¹ STIGLITZ, J.E.: *Microeconomía*; ob. cit., pág. 30. Continúa diciendo el autor: «En los grandes almacenes y en los centros comerciales, los clientes raras veces regatean sobre el precio. Cuando los fabricantes compran las materias primas que necesitan para producir, no las intercambian por otros bienes, sino por dinero. La mayoría de los bienes, desde las cámaras hasta la ropa, no se venden directamente de los productores a los consumidores, sino de los productores a los distribuidores, de los distribuidores a los minoristas, de los minoristas a los consumidores. Los conceptos de *economía de mercado* y *mercado* engloban tales transacciones.».

² COASE, R.: *La empresa, el mercado y la ley* (Alianza ed., 1994), pág. 14. Sobre esta cuestión volveremos inmediatamente.

información, los segundos son costes de ejecución. A reducir estos últimos provee fundamentalmente el Estado y el ordenamiento jurídico³; a reducir los primeros provee el mercado, a través del mecanismo de los precios.

Los precios transmiten información con una gran austeridad de medios. Para empezar, son señales que informan de las cualidades del producto que se desea intercambiar. Además, cuando el precio de una mercancía sube, eso significa que la oferta de dicho bien ha disminuido (o ha aumentado su demanda) y los agentes económicos no tienen necesidad de averiguar por qué ha disminuido la oferta (o aumentado la demanda) de la mercancía en cuestión. Viceversa, cuando el precio de una mercancía baja, se informa a los agentes económicos de que ha aumentado la oferta de dicho bien (o disminuido la demanda), sin mayor explicación.

Los precios reducen la información a su mínima expresión, al no incorporar explicación alguna sobre las causas y efectos de sus variaciones⁴. Al mismo tiempo, la ponen a disposición de los agentes económicos interesados para que hagan uso particular de ella⁵, con lo que hacen posible que toda la información sea utilizada sin un

³ Si el Estado (el ordenamiento jurídico) no obliga a cumplir lo pactado, no puede funcionar el mercado. Esto significa que, si bien puede existir Estado sin mercado, *no puede existir mercado sin Estado*.

⁴ Como dice ARRUNADA, siguiendo a HAYEK, el sistema de precios «transmite únicamente la información sobre precios relativos necesarias para tomar decisiones. Las reacciones de los sujetos no se producen tras leer extensos informes sobre causas y consecuencias, ni cuadros estadísticos relativos a la evolución prevista del entorno; les es suficiente la señal mínima que proporciona una variación en el precio, que resume en una sola cifra el estado de las escaseces y preferencias actuales y futuras» [ARRUNADA, B.: *Economía de la empresa. Un enfoque contractual* (Ariel, 1990), pág. 20].

⁵ Dice ARRUNADA: «En una economía de mercado, sólo los sujetos interesados son receptores de la información y todos los sujetos reciben señales relevantes. La planificación requiere, por el contrario, no sólo reunir información, sino hacerla llegar a aquellos usuarios que la necesitan y tienen autoridad para utilizarla»; y añade: «El problema de seleccionar a los destinatarios dista de ser trivial, como se puede observar dentro de cualquier empresa u organización, donde es frecuente que nadie lea nunca una buena parte de los informes producidos» [ARRUNADA, B.: *Economía de la empresa. Un enfoque contractual*; ob. cit., pág. 20].

procesamiento centralizado⁶. En definitiva, el mecanismo de los precios transforma información «específica» en información «genérica», accesible a todos los agentes económicos interesados, y con arreglo a la cual estos elaboran sus planes individuales (de producción y consumo). Resulta, en consecuencia, un formidable mecanismo de información y, por ende, un eficaz mecanismo de asignación de recursos productivos. A través de los precios el mercado facilita los intercambios y, con ello, provee a la resolución del problema de calcular la escasez (o la abundancia) y de asignar los recursos productivos.

1.2. Clases de mercados (en razón del objeto de intercambio).

En una economía de mercado, el objeto de intercambio pueden ser productos (bienes o servicios), factores (tierra, bienes de capital, trabajo) o capitales, lo que da lugar a distinguir tres clases de mercado: el mercado de *productos*, el mercado de *factores* y el mercado de *capitales*.

El mercado de *productos* relaciona a productores de bienes o servicios (los empresas⁷) y a consumidores (las economías domésticas): los primeros –oferentes– venden sus bienes o servicios a los segundos –demandantes– a cambio de un precio. Pero la empresa, para fabricar sus productos, necesita utilizar factores de producción (tierra, bienes de capital, trabajo), por lo que acude, como demandante, al mercado de

⁶ «Los canales de comunicación de una organización planificada adoptan una estructura más o menos piramidal. Por el contrario, la cobertura de información que proporciona el sistema de precios se asemeja a una red o celosía, solapándose las áreas de disponibilidad, de manera que se reduce al mínimo la cantidad de información que ha de ser transmitida.»; «La transmisión de la información se realiza mediante una serie de efectos en cadena, en cada uno de los cuales la variación del precio es ponderada por el peso que tiene el recurso correspondiente en los costes del receptor. Así, el fabricante de galletas no observa el precio del molibdeno; aunque sí recibe información sobre el efecto, por remoto que éste sea, que un cambio en el mercado del molibdeno pudiera tener sobre el de galletas; por ejemplo, a través de una variación en el precio de la maquinaria utilizada para fabricarlas» [ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa. Un enfoque contractual*; ob. cit., pág. 20].

⁷ En una economía moderna la producción de bienes y servicios está protagonizada por las empresas, mientras que las economías domésticas representan el papel fundamental de consumidores.

factores: el mercado de la *tierra*, que es aquel en el que pueden comprarse y venderse derechos («property rights», en terminología anglosajona) sobre la tierra, entendida en sentido amplio como recursos naturales⁸; el mercado de *trabajo*, que es aquel al que la empresa acude para contratar trabajadores, que son, por tanto, oferentes de trabajo⁹; y el mercado de *bienes de capital*, en el que la empresa busca todos los recursos necesarios para acelerar la producción, tales como instrumentos, maquinaria, plantas y equipos o tecnología. Por último, la empresa puede necesitar financiación (dinero) tanto para adquirir los factores necesarios para producir como para organizar la producción, para lo cual acude al mercado de *capitales*¹⁰.

Existe un elemento común entre el mercado de *bienes y servicios* y los mercados de la *tierra*, *bienes de capital* y *capitales*: en todos ellos el objeto ofertado y demandado son «productos». La diferencia básica entre el uno y los otros estriba en que en el primero ese objeto son productos finales, destinados al consumo (*outputs*), y, por tanto, la empresa tiene la condición de «oferente»; mientras que en los segundos el objeto son «productos para la producción» o «medios de producción» (*inputs*), respecto de los cuales la empresa tiene la condición de «demandante». Se trata de una demanda *derivada* y no directa: sólo tiene sentido en la medida en que exista una demanda suficiente del producto final que se obtiene mediante la utilización de los medios de producción. A su vez, si en el mercado de *bienes y servicios* las economías domésticas representan el papel fundamental de demandantes, esto es, de consumidores, en el mercado de *medios de producción* cumplen la función de oferentes. Ahora bien, no sólo ellas tienen la condición de oferentes en este último mercado, frente a lo que tradicionalmente se

⁸ Existe un precio de compra para cada recurso natural, pero, en general, se considera que el precio del mismo es la *renta* por su uso durante un período de tiempo. Lo mismo cabe decir respecto del precio de intercambio en el mercado de *bienes de capital*.

⁹ La retribución del trabajo es el *salario*.

¹⁰ La retribución por el uso del capital durante un período de tiempo es el *interés* (si se trata de préstamos o de obligaciones) o el *dividendo* (si se trata de acciones).

explica en los manuales de economía. En las economías modernas, la producción de bienes de capital (tales como maquinaria o tecnología) es una actividad económica especializada llevada a cabo normalmente por empresas; y la provisión de capital para invertir en la creación de empresas es la labor especializada de otras empresas, llamadas entidades financieras (los bancos, en terminología popular)¹¹.

El mercado de *trabajo* tiene una característica singular que lo diferencia del resto de mercados: el objeto de intercambio es **la actividad de una persona** –el trabajador, oferente de trabajo- bajo la **dependencia** de otra persona –la empresa, demandante de trabajo. Son personas (y sus familias) las que están directamente detrás de la oferta de trabajo y las que reciben los precios correspondientes (salarios), con los que deberán hacer frente a sus necesidades. Disponer o no de trabajo, tener o no unas condiciones laborales dignas o gozar o no de un salario suficiente son asuntos cruciales que se dirimen en los mercados de trabajo.

La peculiar naturaleza de ese objeto de intercambio explica el que el mercado de *trabajo* sea un mercado especialmente intervenido por los poderes públicos (el Estado). Se trata de una intervención reguladora y dirigida a defender a la que se considera parte más débil, el trabajador. En ese papel de defensor de la parte más débil, el Estado establece unas condiciones mínimas que todo empresario debe respetar, y que se proyectan, bien sobre el contrato de trabajo (determinación de los tipos de contratos que se pueden pactar entre las partes, impidiendo el establecimiento de cláusulas abusivas), bien sobre el trabajo (fijación de condiciones mínimas de seguridad e higiene en el trabajo o regulación de las causas de despido), bien sobre el salario (establecimiento de salarios mínimos, declaración de la prioridad de pago de los salarios respecto a otras obligaciones en el caso de la quiebra de la empresa, creación de un fondo de garantía salarial, etc.). Esta intensa intervención pública resta

¹¹ En verdad, buena parte de los *inputs* utilizados por las empresas para producir son bienes «intermedios», es decir, productos finales para otras empresas, que son utilizados para producir otros bienes o servicios o para sufrir algún tipo de transformación antes de ser puestos a la venta directa a los consumidores.

libertad a la contratación del factor «trabajo» por parte de las empresas e impide analizar bajo los mismos parámetros el mercado de trabajo y el resto de mercados¹².

Aparte de la regulación pública, existe otro factor que condiciona decisivamente el funcionamiento del mercado de trabajo: la presencia de organizaciones empresariales y sindicales, con especial mención para estas últimas. Para la mejor defensa de sus condiciones laborales, el trabajador delega su capacidad de negociación en los sindicatos que, al agrupar a una parte importante de los trabajadores, tienen un poder de presión superior a la que tendría en cualquier negociación un trabajador aislado. A través de la negociación colectiva, los sindicatos pactan con los representantes de la(s) empresa(s) las condiciones económicas y laborales de los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del acuerdo (llamado convenio colectivo). La negociación tiene un contenido mucho más amplio que el puramente económico (la determinación de los salarios), pues en los convenios colectivos se recogen todo tipo de asuntos relativos a la relación laboral. En un nivel superior, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas,

¹² Los críticos de la intervención pública en el mercado de trabajo alegan que una excesiva reglamentación laboral impone una buena dosis de rigidez al mercado y, consecuentemente, impide la adaptación de las empresas a las cambiantes condiciones de la economía. Demandan por ello «flexibilidad», eufemismo bajo el que se esconde lo que en verdad se pretende: la ausencia de regulación o, cuando menos, su reducción al mínimo. Frente a los defensores de la flexibilidad se alzan los que consideran que al amparo de esa idea se llega a la precariedad de las condiciones laborales, lo cual no sólo tiene consecuencias desde la justicia social, sino también desde la misma eficiencia económica: la precariedad laboral hace descender la productividad laboral, reduce la inversión empresarial en formación de trabajadores e incrementa los accidentes laborales.

A lo que habría que añadir el coste social que supone la invitación al delito, especialmente en relación con los trabajos menos cualificados: si el salario del trabajo no cualificado es muy bajo (por debajo del nivel de subsistencia), hay muy poco incentivo para trabajar. Y es harto difícil que los trabajadores no cualificados puedan emplear sus recursos (el tiempo) en otra cosa socialmente productiva, como puede ser estudiar para formarse, ya que, sencillamente, no pueden permitírselo (a no ser que dispongan de ahorros, lo cual es poco verosímil). Muy probablemente dediquen su tiempo a actividades socialmente indeseables (como el delito). No creo que sea simple casualidad que en EE.UU., en donde el mercado de trabajo está más flexibilizado, el índice de criminalidad sea tan alto en comparación con Europa, en donde los mercados laborales son más «rígidos».

juntamente con el Gobierno, llegan a acuerdos en torno a los grandes temas de política económica y social: es la llamada concertación social. Concertación social y convenios colectivos suponen también una importante restricción a la libertad de contratación laboral para la empresa, que sólo puede contratar a partir de unos mínimos fijados mediante acuerdos con los sindicatos, que se erigen en una especie de oligopolio o monopolio colectivo de oferta de trabajo.

1.3. Estructura básica del mercado.

Aunque existen diversos tipos de mercado, su estructura básica es muy semejante. En esencia, el mercado es un mecanismo a través del cual se enfrentan los intereses contrapuestos de quienes quieren comprar algo (demandantes) y quienes están dispuestos a venderlo (oferentes): la **demanda** y la **oferta** son los componentes básicos del mercado.

Páginas atrás decíamos que las teorías y los modelos son muy utilizados en la ciencia económica. Pues bien, la ciencia económica ha construido una teoría y un modelo tanto de la oferta y de la demanda que es hoy un lugar común para expertos y no expertos en economía. Según este lugar común¹³, la **demanda** refleja las cantidades que los compradores están dispuestos a adquirir para cada precio en un período de tiempo (se trata de cantidades deseadas, no de cantidades realmente compradas). Como regla general, cuanto más bajo sea el precio, mayor será la cantidad demandada y viceversa: es la *ley de la demanda*. La **oferta** refleja las cantidades que los vendedores están dispuestos a poner a la venta por cada precio en un período de tiempo (también son cantidades deseadas, no realmente vendidas). Como regla general, cuanto más alto sea el precio, mayor será la cantidad ofertada y viceversa: es la *ley de la oferta*.

¹³ Utilizo como información básica a LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva* (ob. cit.) y a GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía* (McGraw-Hill, 1997). Para simplificar, circunscribo el resto de la exposición de este apartado 3 al mercado de *bienes y servicios*.

Como se ve, oferta y demanda responden a leyes contrapuestas, pero hay un solo precio (llamado precio de equilibrio) en el que coinciden las cantidades que los vendedores están dispuestos a ofertar y las que los compradores desean comprar. De contratarse a ese precio, el mercado se vacía y no se producen excesos de demanda y de oferta. De contratarse a un precio distinto al de equilibrio, hay exceso de demanda o de oferta, de manera que la cantidad realmente intercambiada en principio será, bien la ofertada, si el precio es inferior al de equilibrio, bien la demandada, si el precio es superior al de equilibrio; es decir, «*en desequilibrio, domina (es decir, determina lo que se compra y lo que se vende) el lado corto del mercado*»¹⁴.

Las leyes de la oferta y la demanda ponen en relación dos variables (precio y cantidad de un bien o servicio) respecto de las cuales establecen un correlación: si el precio de un bien o servicio baja, disminuye la *cantidad ofertada (ley de la oferta)* y *aumenta la cantidad demandada (ley de la demanda)* y lo contrario sucede si el precio sube¹⁵. Ahora bien, estas leyes son válidas siempre que se cumpla la condición *ceteris paribus*, es decir, mientras no varíen las demás circunstancias que influyen en oferentes y demandantes, distintas del precio del bien o servicio en cuestión. Y es que la **demand**a de un bien tenderá a aumentar si sube el precio de sus bienes sustitutivos o baja el precio de sus bienes complementarios¹⁶, si aumenta la renta¹⁷ o si varían a su favor otros

¹⁴ Vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 144. En competencia perfecta, si el precio es demasiado alto, se produce un exceso de oferta y la única forma de dar salida a los excedentes es bajando el precio hasta alcanzar el equilibrio. Si el precio es demasiado bajo, el exceso de demanda empuja los precios al alza. Esta teoría no es válida cuando no existe competencia perfecta, como también veremos.

¹⁵ De ahí que el modelo de demanda se expresa gráficamente como una curva con pendiente negativa, mientras que el modelo de oferta se expresa como una curva con pendiente positiva, como es harto conocido.

¹⁶ Son bienes *sustitutivos* aquellos que pueden satisfacer más o menos indistintamente la misma necesidad (carne o pescado; carne de vacuno o de cerdo). Si sube el precio de un bien, es probable que se produzca un aumento en la demanda de los bienes sustitutivos del mismo, que será tanto más acusada cuanto más perfectamente sustitutivos sean los bienes entre sí (la carne de vacuno es un bien más perfectamente sustitutivo de la carne de cerdo que el pescado); si baja el precio, el efecto es el contrario.

factores como los gustos y las modas, la actuación del Estado¹⁸, los factores demográficos, las expectativas ...; y tendera a disminuir en los casos opuestos. A su vez, la **oferta** de un bien aumentará si disminuyen los costes de los factores de producción, se incorporan nuevas tecnologías o varían en su favor cualquiera de los factores que influyen en la misma, como los precios de otros bienes técnicamente relacionados, regulaciones y políticas públicas¹⁹, las expectativas²⁰, los objetivos de los

Son bienes *complementarios* aquellos que satisfacen conjuntamente la misma necesidad (la gasolina y los automóviles), de manera que la decisión de consumir uno implica la necesidad de consumir también el otro. Esto significa que si sube el precio de un bien, es probable que se produzca una disminución de la demanda de sus bienes complementarios, que será tanto más acusada cuanto más indisoluble sea el consumo de los bienes entre sí y más importante sea la elevación del precio; si baja el precio de ese bien, es probable que se produzca el efecto contrario.

¹⁷ Los deseos de consumir bienes y servicios en la sociedad capitalista resultan prácticamente ilimitados. Pero esa tendencia irrefrenable tiene un límite: los medios de que disponemos para satisfacerlos, esto es, el nivel de renta. Como regla general, cuando aumenta la renta aumenta la demanda de la mayoría de los bienes (los bienes normales). La excepción la constituyen algunos bienes de escasa calidad o que satisfacen imperfectamente las necesidades o deseos de los individuos (la televisión en blanco y negro, las máquinas de escribir, etc.); la demanda de estos bienes —llamados bienes inferiores— disminuye cuando aumenta el nivel de renta.

También como regla general cuando baja la renta tenderá a disminuir la demanda de los bienes normales y a aumentar la demanda de los bienes inferiores; bien que el descenso debe ser fuerte o prolongado, pues si es leve o se considera temporal, existe una tendencia a intentar mantener las pautas de consumo ya conseguidas.

¹⁸ Dicen GIMENO y GUIROLA: «El Estado tiene una influencia muy importante en la orientación de la demanda. La prestación gratuita o a precios muy inferiores a los de mercado de bienes como la atención sanitaria o la educación, las campañas de concienciación respecto a determinados consumos (bien a favor, como puede ser en los bienes culturales; bien en contra, como en el caso del tabaco), los impuestos especiales sobre bienes que pretenden penalizarse (como las bebidas alcohólicas) y las subvenciones a otros que pretenden favorecerse (como las líneas de transporte a zonas económicamente no rentables), la prohibición y sanción de determinados consumos ... son otros tantos ejemplos de actuaciones que inciden de forma muy importante en la elección de los consumidores, en la demanda de los bienes» [GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía*; ob. cit., pág. 44].

¹⁹ El Estado ejerce una influencia muy relevante en la determinación de la oferta: bien mediante regulaciones de las condiciones de producción, como la relativas a la seguridad e higiene en el trabajo o a la reducción de los efectos contaminantes, que tienden a elevar los costes de las empresas y a disminuir la oferta; bien mediante medidas directas, como el establecimiento de impuestos o la concesión de subvenciones, de efectos radicalmente distintos: la una tiende a reducir la oferta, la otra tiende a aumentarla.

oferentes²¹, la estructura de mercado²² ...; y tenderá a disminuir en los casos opuestos.

Una cosa es, por tanto, una variación en la *cantidad demandada u ofertada* y otra es una variación en la *demanda o la oferta*. La primera se corresponde gráficamente con un *movimiento a lo largo de* la curva de demanda y oferta: supone un cambio en la cantidad demandada u ofertada de un bien por una variación en el precio de ese bien²³. La segunda se corresponde gráficamente con un *desplazamiento de* la curva de demanda y oferta: supone un cambio simultáneo de precios y cantidades por alterarse esos otros factores que influyen en la oferta y la demanda²⁴.

Hasta ahora hemos analizado la oferta y la demanda por separado, pero ¿cómo se produce el ensamblaje entre estos dos componentes? ¿Cómo se determina la cantidad realmente comprada o vendida? La

²⁰ Las expectativas son un factor decisivo en el comportamiento empresarial, especialmente en la economía *financiera* de hoy. Un clima de optimismo o pesimismo, de estabilidad o inestabilidad, influye más que ningún otro factor en la oferta de bienes y servicios (y en la correlativa demanda de factores y de capitales).

²¹ Que pueden ser otros distintos de la maximización del beneficio (por ejemplo, la maximización de ventas o la simple supervivencia). Sobre ello volveremos en el apartado 3.4.

²² No es lo mismo una estructura de competencia que otra de no competencia: un monopolista, único oferente, para iguales precios y costes, deseará ofrecer una cantidad distinta de la que ofrecería si existieran otros competidores. Volveremos sobre ello en el apartado 3.4.

²³ Si el precio del bien aumenta, la cantidad demandada disminuye y la cantidad ofertada aumenta; si el precio del bien disminuye, ocurre exactamente lo contrario. El que la variación en la cantidad demandada u ofertada sea mayor o menor depende de la elasticidad-precio tanto de la demanda como de la oferta, esto es, de la mayor o menor sensibilidad de los demandantes (elasticidad-precio de la demanda) y oferentes (elasticidad-precio de la oferta) a las variaciones en los precios. Sobre esta cuestión, vid. LIPSEY, R.G.: *Introducción a la microeconomía*; ob. cit., pág. 123.

²⁴ Un aumento de la demanda (desplazamiento a la derecha de la curva de demanda) supone un incremento del precio y de las cantidades demandadas del bien; una disminución de la demanda (desplazamiento a la izquierda de la curva de demanda) supone una disminución del precio y de las cantidades demandadas del bien. Por su parte, un aumento de la oferta (desplazamiento a la derecha de la curva de oferta) supone una disminución del precio y un aumento de las cantidades ofertadas del bien; una disminución de la oferta (desplazamiento a la izquierda de la curva de oferta) supone un aumento del precio y una disminución de las cantidades ofertadas del bien.

respuesta está en el **precio**, el tercer componente del mercado, su «núcleo duro». El sistema de precios es el que permite coordinar la multiplicidad de decisiones independientes en relación con la producción y el consumo que toman cada día millones de personas en las economías *de mercado*. Ahora bien, ¿cómo se fija el precio en las economías *de mercado*? La respuesta no puede ser la misma para una situación de competencia perfecta que para situaciones en las que no se da la competencia perfecta, pues el sistema de precios funciona de manera diferente en uno u otro caso. Analizaremos por separado ambos tipos de situaciones.

2. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LA ECONOMÍA DE MERCADO.

2.1. La determinación del precio en «competencia perfecta».

2.1.1. «Excursus» sobre la mano invisible.

En 1776 se publicó *La riqueza de las naciones*, de Adam SMITH, padre del liberalismo económico. En esta obra, escrita como alegato contra el mercantilismo, aparece la famosa intuición de la «mano invisible»²⁵, que andando el tiempo será convertida en teoría económica

²⁵ La idea de la *mano invisible* ya la recoge SMITH en su «Teoría de los sentimientos morales», obra anterior a la *Riqueza de las naciones*, pues es de 1759. En realidad, sólo en dos ocasiones alude expresamente el filósofo-economista a esa misteriosa mano: la primera en el capítulo I del Libro IV de su *Teoría*, para decir, dentro de un extenso párrafo, que el hombre «está manejado por una **mano invisible** para hacer casi la misma distribución de las necesidades de la vida que hubiera sido hecha por una persona equitativa»; la segunda, ya en la *Riqueza de las Naciones*, en el capítulo II del Libro IV, cuando, preparándose para argumentar contra el mercantilismo, precisa que el hombre, por regla general, «ni intenta promover el interés general ni sabe en qué medida lo está promoviendo. Al preferir dedicarse a la actividad nacional más que a la extranjera él sólo persigue su propia seguridad; y al orientar esta actividad de

(la «competencia perfecta») y que, también andando el tiempo, será ferozmente criticada. Esa intuición es conocida y se resume así: en ausencia de intervención pública, la conducta económica basada en el interés propio desencadena un resultado que no entraba en los planes de cada individuo, cual es el desarrollo económico y la prosperidad general; ello es así porque una *mano invisible* conduce a ese resultado. Dados dos *supuestos de hecho*, **interés propio** y **ausencia de intervención pública**, la *consecuencia* es la **prosperidad económica general**, gracias a una *mano invisible*, que es el mercado.

Esta simple teoría no deja de ser un acto de fe, porque, ¿cómo funciona esa misteriosa mano para producir ese benéfico resultado?. Justamente la doctrina económica moderna se ha afanado en convertir la fe del escocés en una teoría y en un modelo dotado de consistencia lógica. Pero ahora me interesa sobre todo hacer algunas observaciones sobre los supuestos de hecho y sobre la consecuencia de la teoría smithiana. Por lo que respecta al **interés propio**, conviene advertir que, en el pensamiento de SMITH, ese interés, por una parte, responde a una necesidad y, por otra, es moralmente neutro. La necesidad a la que responde el interés propio es la de ayuda: «El hombre está casi permanentemente necesitado de la ayuda de sus semejantes, y le resultará inútil esperarla de su benevolencia. Es más probable que la consiga si puede dirigir en su favor el propio interés de los demás, y mostrarles que el actuar según él demanda redundará en beneficio de ellos. [...] No es la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero lo que nos procura nuestra cena, sino el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio. No nos dirigimos a su humanidad sino a su propio interés, y jamás le hablamos de nuestras necesidades sino de sus

manera que consiga un valor máximo, sólo busca su propio beneficio, pero en este caso como en otros una **mano invisible** lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos. El que no sea así no es enteramente malo para la sociedad. Al perseguir su propio interés frecuentemente fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si de hecho intentase fomentarlo» [SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun (Alianza ed., 1997), pág. 554].

ventajas»²⁶. Y ese interés propio es moralmente neutro: en sí mismo considerado, no es ni vicio ni virtud; puede ser vicioso o virtuoso según la intención del autor. Lo único que quiere significar SMITH es que la búsqueda racional del interés propio genera un resultado económico satisfactorio, pero —eso sí— *siempre dentro de la ley*²⁷.

El inciso último me lleva a matizar el segundo supuesto de la teoría smithiana: **la ausencia de intervención estatal**. El escocés está muy lejos de ser un anarquista. El mercado es un orden espontáneo, en cuanto no nace de la imposición del poder, sino porque a los hombres les pareció ventajoso cooperar, intercambiar bienes; pero no es un orden natural, pues para que pueda funcionar necesita de la intervención del Estado. A este respecto, al terminar su libro IV expone SMITH los tres deberes fundamentales del soberano: «Primero, el deber de proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otra sociedades independientes. Segundo, el deber de proteger, en cuanto sea posible, a cada miembro de la sociedad frente a la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de la misma. Y tercero, el deber de edificar y mantener ciertas obras públicas y ciertas instituciones públicas que jamás será del interés de ningún individuo o pequeño número de individuos el edificar y mantener, puesto que el beneficio nunca podría reponer el coste que representarían para una persona o un reducido número de personas, aunque frecuentemente lo reponen con creces para una gran sociedad»²⁸. Dicho en términos modernos, el mercado necesita del Estado, a quien se le encomienda el mantenimiento de la ley y el orden (lo que incluye la protección de la propiedad privada y la garantía del cumplimiento de los contratos) y la provisión de ciertos bienes «públicos»²⁹, como defensa e infraestructuras.

²⁶ SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun; ob. cit., libro I, cap. 2, pág. 45.

²⁷ «Toda persona, **en tanto no viole las leyes de la justicia**, queda en perfecta libertad para perseguir su propio interés a su manera» [SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun; ob. cit., Libro IV, cap. IX, pág. 659].

²⁸ SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun; ob. cit., Libro IV, cap. IX, pág. 660.

²⁹ Sobre el concepto de bienes públicos volveremos al analizar los fallos del mercado.

A estas dos tareas se contrae la intervención pública en la economía en el pensamiento liberal puro. Todo lo demás debe quedar al libre juego del mercado.

También conviene hacer una observación importante sobre la *consecuencia*: la **prosperidad general**. El interés propio no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el bienestar general, y el modo en que se engarzan interés particular y general es justamente la mano invisible, el mercado. La discrepancia de SMITH, con el mercantilismo estriba sencillamente en que la dirección pública de la economía no asegura el bienestar material general; su creencia es que la mejor forma de lograr este objetivo es no intervenir y dejar que cada individuo procure su propio bienestar. *Esto significa que la economía de mercado (el capitalismo) está orientada hacia el interés económico general y no hacia el interés económico particular, el incentivo del sistema (el principio que lo anima) es el interés económico particular, pero el objetivo final es el interés económico general*³⁰.

2.1.2. La teoría de la «competencia perfecta» y la determinación del precio.

³⁰ Como dice RODRÍGUEZ BRAUN en el «Estudio Preliminar» a *La Riqueza de las Naciones*, «una cosa es defender el capitalismo, parece decir [Smith], y otra cosa muy distinta es defender a los capitalistas, que sólo son útiles a la sociedad en la medida en que compitan en el mercado ofreciendo bienes y servicios buenos y baratos» (SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun; ob. cit., pág. 17). De hecho, SMITH dedica comentarios muy duros a los capitalistas y su espíritu monopolístico; a este respecto, son célebres las siguientes palabras: «Es raro que se reúnan personas del mismo negocio, aunque sea para divertirse y distraerse, y que la conversación no termine en una conspiración contra el público o en alguna estratagema para subir los precios. Es ciertamente imposible prevenir tales reuniones por ley alguna que fuese practicable o coherente con la libertad y la justicia. Pero aunque la ley no puede impedir que las personas del mismo negocio se agrupen, tampoco debería hacer nada para facilitar esas agrupaciones; y mucho menos para volverlas necesarias» (SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun; ob. cit., libro I, cap. X, pág. 191).

A. Los supuestos de la competencia perfecta.

La intuición de la «mano invisible» será transformada con el tiempo en una teoría altamente formalizada, la de la *competencia perfecta*. Como toda teoría económica, parte de unas hipótesis y extrae a partir de ellas unas consecuencias. De esta forma, *si las hipótesis son correctas, se siguen las conclusiones*.

La teoría de la competencia perfecta parte de una hipótesis relativa a los agentes económicos y de tres hipótesis (condiciones) relativas al mercado. La primera hipótesis es la **racionalidad de los agentes económicos**: se presupone que las empresas actúan de forma coherente, esto es, toman sus decisiones en pro de un objetivo, hacer que su beneficio sea lo más grande posible; también se presupone que los consumidores toman decisiones coherentes, guiadas por el fin de lograr la máxima satisfacción o utilidad, dentro de sus limitaciones presupuestarias. La *maximización del beneficio* es la guía de acción de las empresas³¹, la *maximización de la utilidad* es la guía de acción de los consumidores³².

Las tres hipótesis o condiciones relativas al mercado son la **hiperpluralidad**, la **homogeneidad del producto** y la **transparencia**. La **hiperpluralidad** implica que exista un elevado número de oferentes

³¹ Sobre las reglas de comportamiento para la maximización del beneficio, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 299. En concreto, la producción que maximiza el beneficio es aquella en la que el ingreso marginal es igual al coste marginal. La empresa producirá hasta el punto en el que el ingreso obtenido por la última unidad producida (el ingreso marginal) sea igual al coste de producción de esa última unidad (el coste marginal). Hasta ese punto, siempre puede incrementar la producción por cuanto no ha llegado al máximo de beneficios (al punto de equilibrio); a partir de ese punto, los costes marginales superan a los ingresos marginales, por lo que no interesará producir.

³² Se supone que el bienestar material de las personas crece cuanto mayor es la cantidad y calidad de los bienes y servicios a los que tiene acceso, pero la utilidad marginal del consumo es decreciente: la utilidad total aumenta con el nivel de consumo pero cada vez en menor medida (ley de la utilidad marginal decreciente). En este sentido, los consumidores tienden a igualar la utilidad marginal ponderada de todos los bienes, es decir, tienden a que la utilidad de la última peseta sea la misma para todos los bienes. Sobre las reglas de comportamiento para la maximización de la utilidad, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 208.

(empresas) y demandantes (consumidores), de manera que ninguno de ellos tiene un poder suficiente como para influir decisivamente sobre el mercado. Es justamente la insignificancia de las decisiones individuales la circunstancia que define la expresión «elevado número» como condición del mercado de competencia perfecta: un mercado será de competencia perfecta cuando cada agente económico aisladamente sea incapaz de influir en el conjunto. Obviamente, es condición necesaria para que pueda darse ese «elevado número» el que exista *libertad de entrada y salida* en cualquiera de los mercados; bien que esta libertad es condición necesaria, pero no suficiente³³.

La **homogeneidad del producto** es también hipótesis necesaria de la competencia perfecta. Los productos ofrecidos por las empresas deben ser iguales (o muy similares), perfectamente sustituibles entre sí, de manera que para los consumidores no haya más razón para elegir entre oferentes que el precio; si una empresa oferta su producto por encima de las demás, los consumidores no le comprarán. Se comprende por ello la importancia que tiene la última de las hipótesis del mercado de competencia perfecta, la **transparencia**. En el mercado de competencia perfecta, se supone que los consumidores están lo suficientemente informados como para no pagar por lo que compran más de lo necesario; sólo así están en disposición de maximizar su utilidad.

B. La determinación del precio.

Si se dan esas cuatro hipótesis, el precio se determina en el punto en el que se cruzan la oferta y la demanda (el precio de equilibrio); a un

³³ La libertad de entrada no garantiza la pluralidad, pues la lucha competitiva en el mercado puede conducir al oligopolio (e incluso al monopolio), o bien pueden existir barreras naturales en el mercado que desincentiven la entrada en el mismo, dando lugar a una situación de monopolio.

Conviene así distinguir el mercado de competencia perfecta del mercado *abierto*. Este último es un mercado en el que no existen prohibiciones legales de entrada (y salida) significativas, o, dicho en positivo, un mercado en el que existe libertad de entrada (y salida). La competencia perfecta exige la libertad, pero la libertad no conduce siempre a la competencia perfecta.

precio superior, existe un exceso de oferta, de manera que el precio tenderá a bajar hasta llegar al de equilibrio, mientras que a un precio inferior, existe un exceso de demanda y el precio tenderá a subir hasta llegar al de equilibrio. Una mano invisible, el libre juego de la oferta y la demanda, conduce a un precio que vacía el mercado. Nadie impone por sí solo el precio.

En competencia perfecta, la determinación del precio de intercambio se produce por la actuación ciega de empresas y consumidores. Esto significa que *las empresas son precio-aceptantes*, porque no tienen poder sobre el precio y deben aceptar pasivamente cualquier precio que esté vigente en el mercado. El precio se convierte en un dato de los planes individuales de las empresas, que deberán ajustar su producción y sus costes a ese precio que les viene dado³⁴. Es el precio (resultado del mercado anónimo) y no las posibles reacciones de los competidores lo que guía la producción de la empresa, dada la exigua influencia que cada uno puede ejercer sobre el mercado³⁵.

C. Del equilibrio parcial al equilibrio general: el óptimo de Pareto.

Si se dan los supuestos de hecho (racionalidad, hiperpluralidad, homogeneidad del producto, transparencia del mercado), se sigue esta conclusión: el precio es determinado por la fuerza impersonal del

³⁴ En competencia perfecta, la producción que maximiza el beneficio es aquella en la que el coste marginal es igual al precio. Sobre esta cuestión, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 303.

³⁵ En la vida diaria son las empresas las que determinan el precio de los bienes basándose en los costes totales o en los costes medios de fabricación de los productos. La empresa calcula sus costes medios variables por unidad de producto (la suma de los costes de personal, de materias primas, de energía, etc.) y le añade un porcentaje para cubrir los costes fijos (alquileres de bienes de equipo, intereses de deuda, amortizaciones, etc.) y obtener además un margen de beneficios. Pero en situación de competencia perfecta, ninguna empresa se arriesga a establecer un precio por encima de las otras con las que compite, «so pena» de ser expulsada del mercado, por lo que *el resultado es como si el precio del bien viniera fijado de antemano por la fuerza ciega del mercado*. La consecuencia de la teoría es correcta *ex post facto*.

mercado, y éste tiende al equilibrio. En el «corto plazo»³⁶, el mercado del producto cuestión tiende hacia el punto en el que la oferta y la demanda se cortan, que coincide con el precio de equilibrio. En esta situación, las empresas simplemente ajustan su cantidad³⁷, siendo así que algunas pueden tener beneficios, otras pérdidas y otras beneficios nulos³⁸. En el «largo plazo», si el mercado del producto en cuestión produce beneficios, ello es una señal para la entrada de nuevos competidores o de nuevo capital; el mercado se expansionará, lo que hará que el precio disminuya hasta que el beneficio obtenido por las empresas, las viejas y las nuevas, sea igual a cero. Por el contrario, si el mercado del producto en cuestión tiene pérdidas, ello será una señal para la salida de empresas o de capital; el mercado se contraerá, lo que hará que el precio aumente hasta que las empresas supervivientes alcancen beneficio nulo. Cuando se llega al beneficio nulo, no existirán incentivos para nuevas entradas o

³⁶ Se distingue entre corto, largo y muy largo plazo. El «corto» plazo es el período de tiempo durante el cual las cantidades de algunos de los factores de producción, llamados factores fijos, no pueden alterarse, pero sí las cantidades de los factores variables; normalmente, el factor fijo a corto plazo es algún elemento del capital (la planta y el equipo o los intereses de deuda o las amortizaciones) y el factor variable es el trabajo. En el «largo» plazo, las cantidades de todos los factores pueden variar, pero no es tan largo como para que cambie la tecnología de producción. Cuando las posibilidades tecnológicas de la empresa pueden variar (por la existencia de productos nuevos y de nuevos métodos de producción) estamos ante el «muy largo» plazo. Sobre esta cuestión, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 267.

³⁷ La empresa en competencia perfecta aumentará o disminuirá la cantidad hasta que el coste marginal a corto plazo sea igual al precio vigente de su producto (un precio que viene dado por el mercado); esa será la cantidad que ofrezca, siendo la suma total de las cantidades ofertadas por las empresas la cantidad de equilibrio. Predeterminados precio y cantidad maximizadora del beneficio, la lucha competitiva se centrará en minimizar los costes totales (o los costes medios totales); en estas circunstancias, habrá empresas que incurran en pérdidas, porque los costes estén por encima de los ingresos —en este caso la empresas están minimizando pérdidas, que es otra forma de decir que están maximizando beneficios— y otras que tengan beneficios; las primeras no podrán mantenerse por mucho tiempo. En todo caso, el punto de cierre para una empresa, en el corto plazo, es aquél en el que sus ingresos no cubren ni siquiera los costes variables; cualquier ingreso superior a los mismos permitiría cubrir, al menos en parte, los costes fijos (que tiene que asumir en todo caso). Sobre esta cuestión, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 314.

³⁸ Beneficio nulo (u ordinario) existe cuando los Ingresos Totales (IT) son iguales a los Costes Totales (CT), incluyendo el coste de utilización, esto es, el beneficio que se deja de obtener por la no utilización de los factores productivos en el mejor de los usos alternativos. Cuando los IT están por encima de los CT se habla de beneficios a secas (o de beneficios extraordinarios).

salidas de capital; esta es la situación de equilibrio en el «largo plazo», a la que se tiende inexorablemente, según los teóricos de la competencia perfecta.

Esta arcadia feliz, circunscrita a un mercado concreto (teoría del equilibrio **parcial**) puede extenderse a todos los mercados, a toda la economía de un país. La teoría del equilibrio **general**, cuya formulación originaria se debe al economista francés Leo WALRAS, estudia las condiciones necesarias para que todos los mercados estén simultáneamente en equilibrio. En términos vulgares y sin entrar en detalles³⁹, esta teoría parte de que todos los bienes son complementarios de otros o sustituibles por otros en mayor o menor grado. Ante tamaña interdependencia general, cualquier desplazamiento del punto de equilibrio en el mercado de un bien provocará un desplazamiento en los mercados de otros bienes, estos en los de otros y así sucesivamente. Estas variaciones de precios pueden producir un efecto retroactivo corrector sobre el mercado original. Finalmente, si no existe intromisión externa que lo dificulte, este proceso conducirá de nuevo al equilibrio en todos los mercados de bienes y factores, a la arcadia feliz general, en la que todos, empresas y consumidores, han alcanzado su óptimo y, por tanto, no tienen ningún incentivo para cambiar su posición ni su comportamiento⁴⁰.

En definitiva, si se dan las condiciones de la «competencia perfecta», el resultado es la eficiencia *productiva* en particular y la eficiencia *en la asignación de recursos* en general:

³⁹ Para una explicación detallada, vid. GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía*; ob. cit., pág. 140.

⁴⁰ En realidad, los procesos de ajuste exigen un cierto tiempo y, además, implican a su vez nuevos cambios en las circunstancias originales que parecen llevar a un desequilibrio permanente. En verdad, el mercado tiende siempre al equilibrio pero está en continuo movimiento, en constante desequilibrio provisional. El llamado **modelo de la telaraña** analiza el mercado desde una perspectiva dinámica, tomando en cuenta el factor «tiempo» en el proceso de fijación de precios y cantidades. Sobre este modelo, vid. GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía*; ob. cit., pág. 148.

a) Se logra la eficiencia *productiva* porque las empresas no pueden aumentar sus beneficios vía precios, ya que este comportamiento les expulsará del mercado. La única manera de lograr la mejora en los beneficios es reducir costes: se producirá al más bajo coste posible.

b) Se logra la eficiencia *en la asignación de recursos*. Es lo que se llama la *eficiencia de Pareto* u *óptimo de Pareto*, en honor del economista italiano Wilfredo PARETO, pionero del estudio de la eficiencia. Según el criterio de PARETO, una situación es eficiente u óptima si en dicha situación no es posible mejorar la posición de nadie sin empeorar la posición de alguna otra persona. Esta situación se consigue bajo condiciones de competencia perfecta, que llevan a una situación de equilibrio (parcial y general) en la que no es posible cambiar la asignación de recursos de forma que alguien esté mejor sin que nadie esté peor: fuera de la situación de equilibrio, la mejora de la posición de uno supondrá el empeoramiento de la posición de algún otro⁴¹.

Este es el gran teorema de la llamada «economía del bienestar»: el mercado perfectamente competitivo no sólo es eficaz en la tarea de asignar los recursos de una sociedad, sino que además, lo hace de manera eficiente⁴². En otras palabras, la competencia perfecta «optimiza» las funciones que un sistema económico debe desempeñar: recoge

⁴¹ En un mercado de competencia perfecta, las empresas, maximizadoras del beneficio, ponen sus bienes en venta a un precio igual a su coste marginal. El coste marginal muestra el coste de producir la última unidad de producción del bien; el precio indica la cantidad de dinero que los consumidores están dispuestos a pagar por la última unidad comprada de ese bien (su utilidad marginal). En consecuencia, la valoración que los consumidores hacen de la última unidad que compran es exactamente igual al coste de producir dicha unidad. La competencia perfecta universal satisface así la condición de la eficiencia en la asignación de recursos, asegurando que el precio se iguale al coste marginal en todos los mercados. Dicho impropriadamente, la competencia perfecta iguala los deseos maximizadores de los consumidores y las necesidades maximizadoras de las empresas. Sobre esta cuestión, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 399.

⁴² Debe distinguirse entre *eficacia* y *eficiencia*. La primera es la aptitud para la consecución de un objetivo; la segunda es la aptitud para alcanzar ese objetivo de manera óptima. *Eficacia* es la aptitud para hacer las cosas; *eficiencia* es la aptitud para hacerlas muy bien.

información sobre las preferencias de los consumidores; asigna los recursos existentes de acuerdo con estas preferencias; incentiva a economizar unos recursos escasos; y, por último, coordina todas las decisiones tomadas por millones de empresas y consumidores.

2.2. La determinación del precio en ausencia de «competencia perfecta».

2.2.1. Una teoría económica es una simplificación de la realidad, pero para que pueda tener validez es indispensable que parta de la realidad. A la teoría de la competencia perfecta se le achaca precisamente que no se construye a partir de la realidad, ya que sólo unos pocos mercados (los de algunos productos agrícolas, los de capitales ...) responden más o menos a las condiciones del mercado perfectamente competitivo: la homogeneidad de los productos⁴³, la transparencia⁴⁴ y la

⁴³ La diferenciación de productos (mediante marcas, por ejemplo) es una estrategia empresarial muy común en la economía moderna.

⁴⁴ En realidad, los consumidores no tienen nunca información completa sobre las ofertas de productos (a veces por exceso de información) e, incluso, muchas veces esa información es engañosa (la publicidad no deja de ser una forma de propaganda). Sin embargo, repárese en que el mercado existe precisamente para reducir los costes de información en los intercambios.

La información sobre precios y calidades nunca es perfecta, y obtener información adicional es siempre costoso. De ahí que los consumidores, si obran racionalmente, asumirán el coste de buscar esa información adicional si les compensa o, dicho en términos más económicamente adecuados, si el beneficio marginal de esa información adicional es igual o mayor que el coste marginal de la misma. No compensa ir de papelería en papelería en busca del bolígrafo más barato; sin embargo, sí puede compensar ir de concesionario en concesionario en busca del coche más barato. Por tanto, no es imprescindible poseer una completa información para que el mercado funcione.

hiperpluralidad⁴⁵. Incluso se pone en duda el principio motor de la actuación de las empresas: la maximización del beneficio⁴⁶.

Si la teoría de la competencia perfecta no vale sino para algunos mercados, es preciso construir teorías alternativas, que valgan para explicar el funcionamiento del resto de los mercados. Teorías alternativas existen y son las de la **competencia monopolística**, el **monopolio** y el **oligopolio**⁴⁷. Se trata de situaciones muy distintas entre sí, pero que tienen un nexo común que las distingue de la «competencia perfecta»: en ellas *las empresas tienen poder sobre el mercado*, esto es, capacidad para influir sobre el precio del mercado o para decidir el precio que aplican a su propia producción. Son empresas *precio-determinantes*, que no toman el precio como un dato derivado del mercado, sino que tienen en cuenta su capacidad para influir en el mismo como una de sus estrategias de actuación. El precio ya no es un dato incorporado al plan individual sino un dato a determinar por el plan individual⁴⁸.

⁴⁵ La realidad nos muestra que la mayoría de los mercados económicamente relevantes están formados por unos pocos productores: el oligopolio. Quizá habría que partir del oligopolio para elaborar una teoría del mercado ajustada a la realidad.

⁴⁶ En la vida real, las empresas no siempre buscan estrictamente la posición del máximo beneficio (esto es, que su ingreso marginal sea igual a su coste marginal). De hecho, la técnica más frecuente de fijación de precios es la aplicación de un margen fijo sobre los costes variables medios estimados, de manera que la diferencia permita cubrir los costes fijos y obtener beneficios. El margen se adapta a las características de cada mercado, atendiendo especialmente a la elasticidad de la demanda y al comportamiento de los competidores.

La política de márgenes no es necesariamente contradictoria con la búsqueda del máximo beneficio. Otras políticas empresariales (normalmente de grandes empresas) sí contradicen la teoría de la maximización del beneficio; por ejemplo, las que persiguen aumentar de tamaño, por medio de ampliaciones de capital o fusiones, para ser más fuertes y, en definitiva, para sobrevivir en un mercado global. Sobre las teorías alternativas a la maximización del beneficio, vid. LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 424; vid. también GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía*; ob. cit., pág. 223.

⁴⁷ Ciño el análisis al lado de la oferta y presupongo que existen un elevado número de demandantes. Los supuestos de monopsonio (un solo demandante) y oligopolio de demanda no se tratan aquí.

⁴⁸ Las empresas precio-determinantes saben que si suben el precio bajarán las ventas y si lo bajan subirán las ventas. En consecuencia, para una empresa precio-determinante el ingreso marginal es siempre inferior al precio o, lo que es

2.2.2. El mercado de competencia **monopolística** tiene en común con el mercado de competencia **perfecta** el hecho de que existe un elevado número de empresas con libertad de entrada y salida, pero difiere de éste en la *diferenciación del producto*: cada empresa vende un producto que se diferencia significativamente del de sus competidores⁴⁹. La diferenciación de producto, en la que la valoración subjetiva de los consumidores desempeña un papel crucial, implica que las empresas tienen un cierto poder sobre el precio de su propio producto, aunque limitado por la presencia de productos similares ofertados por otras empresas. El poder sobre el precio será tanto mayor cuanto mayor sea la diferenciación que consiga del producto, o lo que es lo mismo, cuanto más predomine el adjetivo (monopolística) sobre el sustantivo (competencia).

La teoría de la competencia monopolística fue originariamente elaborada por dos economistas, uno americano -Edward CHAMBERLAIN- y otra inglesa -Joan ROBINSON. Si creemos a LIPSEY⁵⁰, la objeción fundamental de esta teoría es que apenas se encuentra en la realidad un mercado que responda a sus características, dado que la diferenciación de producto tiene lugar principalmente cuando un grupo pequeño de empresas compiten entre sí y no cuando lo hace un grupo grande. La diferenciación de producto es más una estrategia empresarial en

lo mismo, al ingreso medio. Sobre esta cuestión, vid. GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía*; ob. cit., pág. 201.

⁴⁹ La diferenciación puede consistir en una marca (prendas de vestir), en la proximidad de un establecimiento (una gasolinera), en la calidad del servicio que se ofrece (un restaurante), etc. Estas y otras circunstancias pueden lograr que los consumidores consuman un producto en lugar de otro, incluso aunque su precio sea más alto.

⁵⁰ «A primera vista —dice LIPSEY— esta afirmación puede parecer sorprendente. Una visita a cualquier supermercado o tienda revelará que existen muchas industrias [mercados] en las cuales compiten por la atención de los consumidores un gran número de productos ligeramente diferenciados. No obstante, en muchos de estos casos, las industrias están formadas únicamente por unas pocas empresas, en las que cada una de ellas vende un gran número de productos»; vid. LIPSEY: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 353.

mercados oligopolísticos que la seña de identidad de una forma de mercado específico.

2.2.3. En consecuencia, los mercados alternativos al perfectamente competitivo que consideramos relevantes son el **monopolio** y el **oligopolio**. El monopolio es la forma opuesta a la competencia perfecta, y se puede definir como aquel mercado en el que está en manos de una única empresa; en una situación tal, es obvio que la curva de demanda de la empresa coincide con la curva de demanda del mercado⁵¹. El oligopolio es una forma intermedia entre el monopolio y la competencia perfecta, y se puede definir como un mercado controlado por unas pocas empresas; en esta situación, cada empresa posee el suficiente poder de mercado como para no ser precio-aceptante, pero tiene rivales, por lo que no puede considerar que la curva de demanda del mercado es la suya propia.

Lo que hace surgir las situaciones de monopolio y oligopolio es la presencia de *barreras de entrada* al mercado en cuestión. Estas barreras son de dos tipos, *naturales* o *legales*. Hay barreras *naturales* por razón de escasez de fuentes⁵², localización geográfica⁵³ o por existencia de fuertes economías de escala⁵⁴. Las barreras *legales* (o *artificiales*) provienen de una decisión pública: las nacionalizaciones, las patentes o

⁵¹ Y tiene pendiente negativa. El que tenga más o menos pendiente depende de la elasticidad de la demanda.

⁵² Sólo en algunas zonas del planeta se encuentran reservas de petróleo, oro o diamantes. Quienes tienen acceso a tales producciones son necesariamente pocos y la estructura de mercado tiende a ser oligopolística.

⁵³ En lugares pequeños es frecuente la existencia de un único oferente y que cualquier alternativa resulte excesivamente costosa. No es rentable, por ejemplo, tener dos hipermercados en un pueblo de escasa población.

⁵⁴ Existen economías de escala cuando un aumento de la dimensión empresarial similar en todos los factores productivos origina un incremento en la producción más que proporcional y una disminución en los costes. En definitiva, una empresa tiene una economía de escala si al aumentar de tamaño, bajan sus costes y pueden vender más barato. Si en un mercado hay una o varias empresas con economías de escala, las demás no podrán competir con ellas y tendrán que cerrar. Las economías de escala existen en buen número de producciones modernas (aviones, automóviles, telecomunicaciones), en las que, por lo demás, los costes fijos son muy elevados.

los sistemas de licencias son otros tantos ejemplos de barreras de este tipo. Además, una vez formados los monopolios u oligopolios, son las propias empresas las que pueden crear barreras de hecho a través de estrategias que desanimen la entrada de nuevos competidores. Se trata de barreras de mercado, un ejemplo de las cuales es la “política depredadora de precios”: aprovechando el margen de beneficios que tienen, las empresas instaladas responden a cualquier intento de entrada con una fuerte reducción de precios que lo desanime.

Tanto el monopolista como el oligopolista tienen poder sobre el precio, bien que no un poder arbitrario. El monopolista, al fijar el precio, debe tener en cuenta -aparte de sus costes- la actitud de la clientela (su curva de demanda, que coincide con la curva de demanda de la empresa); según que la demanda sea más o menos rígida, su poder sobre el precio será mayor o menor⁵⁵. La decisión de fijar el precio por parte del oligopolista es más complicada, pues no sólo ha de tener en cuenta la reacción de la clientela (su curva de demanda) sino las reacciones de los competidores (la interdependencia es el rasgo más relevante en el oligopolio). Este factor subjetivo adicional resulta enojoso para el empresario oligopolista, que se encuentra ante el siguiente dilema: bien llegar a acuerdos sobre precios con los competidores para maximizar sus beneficios conjuntos, bien competir con ellos con el fin de obtener la mayor participación posible en los beneficios⁵⁶. La tendencia natural de

⁵⁵ El monopolista puede determinar la cantidad que quiere vender o el precio que considera conveniente, pero nunca libremente las dos variables, ya que será la demanda la que determine la relación entre ambas. A este respecto, si suponemos que el monopolista desea maximizar el beneficio, producirá hasta el nivel en el que el ingreso marginal coincide con el coste marginal. A este nivel, es el mercado el que fija el precio al que puede dar salida a esa cantidad. Sobre esta cuestión, vid. GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía*; ob. cit., pág. 204.

Por lo demás, el monopolista puede aumentar sus ingresos si puede discriminar precios. Sobre esta cuestión, vid. LIPSEY: *Introducción a la economía positiva*; ob. cit., pág. 338.

⁵⁶ La tendencia a la colusión aumenta en función de determinados factores. Así, es mayor cuando existe un número reducido de empresas que cuando dicho número es grande; es mayor para los productores de bienes muy similares que

los oligopolios es a no entablar guerras de precios, por lo que en tales situaciones la competencia se ejerce a través de vías distintas a los precios (como la publicidad, la diferenciación de productos, las actividades de venta –la atención a la distribución comercial, la promoción ...). La competencia sin precios constituye, sin duda, uno de los fenómenos más destacables en la moderna rivalidad entre empresas.

Por lo demás, en lo que a la eficiencia se refiere, el monopolio y el oligopolio puede que sean menos eficientes que la competencia perfecta *en la producción*⁵⁷, pero son necesariamente menos eficientes que la competencia perfecta en *la asignación de recursos*: como regla general, en los mercados monopolísticos y oligopolísticos los precios son superiores a los del mercado perfectamente competitivo, y en el monopolio las cantidades de intercambio son más reducidas que en el mercado perfectamente competitivo. Implican así una pérdida de bienestar general respecto de la competencia perfecta, esto es, no son óptimos paretianos⁵⁸.

3. CONCLUSIONES DEFINITIVAS.

3.1. Mercado, economía de mercado y capitalismo.

para los productores de bienes bastante diferenciados; es mayor en una empresa en crecimiento que una en declive; es mayor cuando el mercado posee una empresa dominante (en este caso la empresa dominante ejerce un liderazgo de precios: fija el precio del producto y las demás la siguen), y, por supuesto, es mayor cuando las prácticas colusorias están permitidas o toleradas legalmente.

⁵⁷ En lo que respecta al oligopolio, cabe esperar costes de producción reducidos, pero gastos de publicidad y promoción de ventas superiores a los de la competencia perfecta.

En lo que respecta al monopolio, debe repararse que las empresas monopolísticas (que frecuentemente son empresas públicas o que operan en régimen de concesión pública) no se ven forzadas a producir al mínimo coste; pueden subsistir produciendo a costes por encima de los mínimos y seguir registrando beneficios.

⁵⁸ Ni el oligopolio ni el monopolio igualan las necesidades maximizadoras de las empresas con los deseos maximizadores de los consumidores, en cuanto el precio es superior al coste marginal.

No existe una sola teoría del mercado. La teoría de la competencia perfecta, trasunto de la intuición smithiana de la mano invisible, sirve para explicar sólo una pequeña parte de la realidad de los mercados. No por ello pierde potencia explicativa, pues las teorías alternativas (la del monopolio y la del oligopolio) son, en puridad, variaciones respecto de aquella. Lo que interesa es desvelar qué es lo que hay de común en las tres formas de mercado que hemos descrito: las formas de mercado difieren en los oferentes (muchos, pocos o uno) ⁵⁹ y en cómo se determina el precio (por la acción inconsciente de todos –la competencia perfecta–; por la acción consciente de los oferentes, sujeta a las condiciones de la demanda –monopolio– o a las condiciones de la demanda y de los competidores –oligopolio), pero en todas ellas la coordinación de las decisiones económicas se lleva a cabo mediante el intercambio y a través del mecanismo de los precios. El **intercambio a través del mecanismo (privado) de los precios** es lo que define al mercado en cualquiera de sus formas; garantizar el *mercado* exige asegurar un espacio de libertad para el intercambio y, además, que el precio de intercambio no se imponga por una autoridad central –que fije autoritariamente los precios–, sino que se fije por los agentes económicos privados. En definitiva, el mercado como coordinador de las decisiones económicas queda garantizado cuando se asegura un espacio de **libertad de contratación en el mercado** en general (garantía genérica del intercambio) y de **libertad de fijación de precios** en particular (garantía específica del mecanismo privado de los precios).

Sin embargo, una economía *de* mercado es algo más que el mercado. Este, por supuesto, es el gran coordinador de las decisiones económicas individuales (de los planes individuales), pero previa al mercado está precisamente la decisión de emprender una actividad económica *para* el

⁵⁹ Más exactamente, difieren en el poder sobre el mercado: frente a la competencia perfecta, situación en la que ningún oferente tiene poder sobre el precio, en el monopolio y el oligopolio los oferentes sí tienen poder sobre el precio, muy intenso en el primer caso, simplemente intenso en el segundo. El número de oferentes (muchos, pocos o uno) es la manifestación de la distinta posición de poder sobre el mercado, que es lo que en verdad define las distintas formas de aquel.

mercado. Ejecutar esta decisión supone el desarrollo de dos tareas: producir bienes y servicios y, después, lanzarlos al mercado (con el fin de obtener un beneficio). El funcionamiento de la economía *de* mercado comprende así dos fases; la primera, la iniciativa económica privada, la segunda, el intercambio a través del mecanismo de los precios: *sin iniciativa económica no hay mercado y sin mercado (en el que buscar el beneficio) no hay iniciativa económica*. Presupuesto indispensable para que exista mercado es la garantía de un espacio de **libertad de iniciativa económica privada**, en el doble sentido de libertad de producción y de libertad de acceso al mercado⁶⁰.

Decíamos páginas atrás que el sistema económico capitalista se definía por dos elementos: la propiedad privada de los medios de producción y el mercado. Entre ambos elementos se inserta otro, que sirve de nexo entre ellos: la libre iniciativa económica, a la búsqueda del beneficio (lógica del sistema capitalista). A la postre, una economía es capitalista si se dan estas tres condiciones: **propiedad privada**⁶¹, **libre iniciativa económica y mercado**. Estos son los tres elementos que definen el capitalismo como sistema económico; si falta cualquiera de ellos no es posible, en puridad, calificar un sistema como capitalista.

También decíamos que el sistema económico capitalista consiente elementos extraños (propiedad pública y planificación centralizada de la economía), pero hasta un límite, traspasado el cual se desnaturaliza; garantizar el capitalismo exige asegurar un clima económico en el que prevalezcan los tres piezas anteriores. En particular, en una economía *de mercado* puede existir *sectores de no mercado*: sectores en los que no existe libre iniciativa económica y en los que la asignación de recursos

⁶⁰ En rigor, se produce para el mercado, por lo que, si no hay acceso al mercado (el mercado está cerrado), no hay incentivo para producir, y si no hay producción no tiene sentido el mercado. Por tanto, la garantía de un **espacio de libertad de acceso al mercado** forma parte indistintamente de la garantía del **mercado** y de la garantía de la **iniciativa económica privada**.

⁶¹ La propiedad privada se proyecta sobre los *medios de producción* (e implica facultad exclusiva de decidir sobre su uso), sobre los *bienes y servicios producidos* (e implica la facultad de apropiarse de ellos para lanzarlos al mercado) y sobre los *beneficios* (e implica el derecho a apropiarse de ellos).

productivos se lleve a cabo centralizadamente y sin acudir al mecanismo privado de los precios. Ahora bien, estos sectores no pueden absorber la mayor parte de la actividad económica, pues, de lo contrario, la economía dejará de ser de mercado para convertirse en una economía *de no mercado*.

3.2. Mercado, competencia y competencia perfecta.

La teoría de la competencia «perfecta» explica cómo se coordinan las decisiones económicas en una economía descentralizada si se dan algunas hipótesis, fundamentalmente ésta: la ausencia completa de poder sobre el mercado por parte de los agentes económicos. Partiendo de un escenario perfectamente descentralizado, lo que hace la teoría es explicar cómo se determinan los precios, por lo que, como sugiere DEMSETZ, más que llamarla teoría de la *competencia perfecta*, habría que denominarla teoría de la *descentralización perfecta*; el objeto de la teoría es el sistema de precios, no la propia actividad competitiva⁶².

Por tanto, «competencia» no es igual a «competencia perfecta»: la competencia *perfecta* es una especie dentro del género «competencia», que alude a una situación en la que los productores no tienen poder sobre el precio (son precio-aceptantes). La «competencia» como género existe cuando los empresarios están en tensión, preocupados por no perder clientes. Esta tensión se produce cuando hay varios productores enfrentados entre sí en un mercado, esto es, cuando existe rivalidad *real* entre productores; circunstancia que se produce tanto en una situación de competencia «perfecta» como en una situación de oligopolio (siempre que no exista acuerdo entre los oligopolistas). Pero también hay competencia cuando, aún existiendo un solo productor, existe la amenaza permanente

⁶² Vid. DEMSETZ, H.: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos* (Alianza Universidad, 1986). En palabras del autor, «El modelo [de *competencia perfecta*] aporta mucho a nuestra comprensión vía precios, nada añade a nuestra comprensión de la coordinación por medio de la autoridad y sólo un poco a nuestro conocimiento de las *acciones competitivas*.» (*ob. cit.*, pág. 18).

de que puedan instalarse nuevos competidores, esto es, cuando existe rivalidad *potencial*; así ocurre en una situación de monopolio no legal en un mercado en el que no existen barreras significativas de acceso al mismo. La **rivalidad** (real o potencial) es lo que define la competencia como género, la **ausencia de poder sobre el precio** es lo que define a la competencia «perfecta» como especie dentro del género «competencia».

La «competencia» no es, por lo demás, un elemento definitorio del mercado, ya que éste se define en función de dos elementos, intercambio y mecanismo privado de precios. La competencia supone algo adicional al mercado: la rivalidad⁶³. Puede, en consecuencia, existir mercado sin competencia: un *monopolio natural* (derivado de la existencia de barreras naturales de entrada)⁶⁴ o un *oligopolio* en el que los oligopolistas han formado un cártel (en puridad, un monopolio colectivo) son situaciones de mercado sin competencia. Lo que no puede existir nunca es competencia económica sin mercado.

El ejercicio de la libre iniciativa económica privada (el *laissez faire*) no siempre conduce a una situación competitiva. Ahora bien, el que la competencia no sea un elemento constitutivo del mercado no quiere decir que no sea deseable que exista competencia en el mercado⁶⁵. Pero este deseo es ya una cuestión de economía «normativa» o, si se prefiere, de política económica; en esta aproximación «económica» a la economía de mercado nos hemos situado en el plano de la economía «positiva», en la pura descripción de la realidad económica. Y la realidad económica nos

⁶³ Sobre esta cuestión, vid. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A.: *La competencia* (Alianza ed., 2000), págs. 58 y ss.

⁶⁴ El mercado es incompatible con un monopolio *legal*, derivado de la existencia de barreras legales de entrada al mismo, ya que estas barreras artificialmente establecidas suponen la negación (jurídica) de todo espacio de libertad de acceso al mercado en cuestión. Una cosa es que las características de un bien o servicio determinada conduzcan en la práctica a situaciones de monopolio (natural) y otra muy distinta es cerrar absolutamente y por decisión legal un mercado; en el primer caso la libertad de acceso no está jurídicamente impedida, en el segundo caso sí. Una situación de monopolio legal es una situación de no mercado.

⁶⁵ La competencia no es un elemento constitutivo del mercado, pero sí puede entenderse que es una consecuencia natural del mercado, de manera que las situaciones anticompetitivas son antinaturales y, por tanto, no deseables.

muestra situaciones de mercados competitivos y no competitivos y, dentro de los primeros, de mercados de competencia perfecta e imperfecta. Lo que debe quedar claro es que **mercado no es sinónimo de competencia (y mucho menos sinónimo de competencia perfecta)**.

4. MERCADO E INTERVENCIÓN PÚBLICA.

4.1. El fracaso del mercado.

El mercado no es perfecto, a veces funciona mal. Los frecuentes y numerosos fallos en el funcionamiento del mercado son la principal justificación de la intervención pública en la actividad económica. Para juzgar el éxito o el fracaso de los resultados del mercado es preciso utilizar un criterio o parámetro de control. Los criterios habitualmente empleados son dos: la *eficiencia* y la *equidad distributiva* ⁶⁶.

A. La *eficiencia en la asignación de recursos* alude a la máxima eficacia en la asignación de recursos en una sociedad, lo que en términos económicos se denomina un óptimo de Pareto, como sabemos: en una situación eficiente u óptima, la asignación de recursos es tal que no es posible mejorar el bienestar de algún individuo sin empeorar el bienestar de algún(os) otro(s). Esta situación se produce en condiciones de competencia perfecta. Sin embargo, el funcionamiento real de los mercados no siempre conduce al óptimo paretiano, por dos razones. La

⁶⁶ También se justifica la intervención pública en pro de la estabilidad: la actividad económica en los países capitalistas, aún con una tendencia general de crecimiento, alterna períodos de expansión con otros de recesión. Ello justifica la adopción por parte de los poderes públicos, bien de medidas preventivas, dirigidas a propiciar un crecimiento económico sostenido, sin desequilibrios importantes en las magnitudes macroeconómicas (inflación, déficit público, etc.), bien de medidas reparadoras, dirigidas a atenuar los efectos producidos por un cambio en el ciclo económico (buena parte de las medidas de política monetaria responden a esta idea).

primera es que pocas veces hay competencia perfecta, e incluso, a veces, ni siquiera hay competencia, aún imperfecta; y, cuando no hay competencia perfecta, el precio al que se venden los productos es mayor que el precio eficiente, con mayores beneficios para los empresarios y menores para los consumidores.

La segunda razón es que no siempre los precios transmiten toda la información precisa para que los individuos tomen decisiones eficientes de asignación. Es lo que se conoce en la literatura económica como «fallos del mercado»⁶⁷. Fallos del mercado son las externalidades, los bienes públicos y la información incompleta o asimétrica:

1) El mercado falla cuando las actividades económicas producen efectos externos o *externalidades*, cuando producen costes que son soportados por personas distintas de quienes los generan (externalidades negativas)⁶⁸, o bien beneficios que son disfrutados por personas distintas de quienes los generan (externalidades positivas)⁶⁹; como tales costes o

⁶⁷ Para un estudio detallado de los fallos del mercado, vid. SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica*; ob. cit., pág. 57 y ss. Vid. también WOLF, Ch.: *Mercados o Gobiernos (elegir entre alternativas imperfectas)* [Instituto de Estudios Fiscales, 1993], pág. 31 y ss. WOLF incluye dentro de ellos los «rendimientos crecientes» o «costes decrecientes» a que están sujetas muchas actividades económicas (las llamadas economías de escala), que producen situaciones de monopolio u oligopolio. Esto supone entender como fallo todo lo que no sea un mercado perfectamente competitivo; se identifica así mercado con mercado de competencia perfecta.

⁶⁸ Un ejemplo concreto de externalidad negativa nos lo proporciona SCHOTTER: «Supongamos que poseo una fábrica situada cerca de un hotel de su propiedad. Mi fábrica tiene chimeneas ocultas por grandes árboles. La única evidencia que tienen sus huéspedes de que mi fábrica existe es el hollín que les cae encima cuando toman el sol. Está claro que no soy un islote encerrado en mí mismo. Mi acción de producir causa efectos negativos en usted y en sus clientes ... que son costos soportados por personas ajenas a las que los genera, es decir, por usted, el hotelero y no por mí, el fabricante.» [Vid. SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica*; ob. cit., pág. 73].

⁶⁹ «Digamos que usted y yo vivimos en casas contiguas del extrarradio. Un día, usted decide contratar un arquitecto para ajardinar su parcela. El resultado es estupendo; tanto, que mejora el aspecto general de la calle y hace subir el valor de los inmuebles, incluido el mío. Evidentemente, usted, que no es el único en beneficiarse de su iniciativa, ha generado externalidades positivas»

beneficios no entran en los cálculos de quienes producen, tenderá a producirse en exceso cuando se trata de costes y demasiado poco cuando se trata de beneficios, en comparación con el nivel de producción socialmente eficiente⁷⁰. La contaminación generada por las actividades industriales es un caso de externalidad negativa, mientras que los gastos en investigación y desarrollo constituyen un caso de externalidad positiva. En ambos casos, tiene un fundamento lógico la intervención pública, en el primero para compensar la tendencia del mercado a generar una producción excesiva (por medio de impuestos o regulación directa), en el segundo para compensar la tendencia del mercado a generar una producción deficitaria (a través de la subvención, la producción directa o la regulación).

2) El mercado tampoco asigna eficientemente los recursos en el caso de los llamados *bienes públicos*, que son aquellos cuyo consumo por una persona no disminuye la posibilidad de ser utilizado por otras; la no rivalidad en su consumo y la imposibilidad de exclusión son sus notas características, que permiten diferenciarlos de los bienes privados⁷¹. Son ejemplos típicos la defensa nacional, la seguridad ciudadana, la existencia de un sistema penitenciario o las infraestructuras⁷². Estos bienes tienen el

[SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica*; ob. cit., pág. 73].

⁷⁰ En el ejemplo de externalidad negativa, el fabricante no tiene en cuenta en su cálculo de costes el daño que ocasiona al propietario del hotel; en el de externalidad positiva, el dueño de la casa que ha contratado el arquitecto no tiene en cuenta en su cálculo el beneficio que ha generado a los propietarios de los inmuebles de su calle.

⁷¹ Se trata de bienes cuyo suministro no cambia por el hecho de que una o muchas personas lo estén consumiendo: sea cual sea el número de oyentes de una emisora de radio, el suministro de radio es el mismo y cualquiera puede incorporarse a la audiencia sin que se le pueda impedir.

⁷² Conviene hacer algunas matizaciones. La primera es que no es lo mismo bien público que bien de titularidad pública: los bienes públicos puede que sean servidos por el Estado o puede que no (la existencia de seguridad privada o de cárceles privadas son ejemplos de bienes públicos de titularidad privada). La segunda es que los bienes públicos pueden ser opcionales o no: las emisiones de radio son opcionales, no así la defensa nacional, que nos protege, lo queramos o no. La tercera es que el uso de algunos bienes públicos es fácilmente excluible a quienes no pagan, tornándose en bienes privados; así

problema de que, como no puede excluirse de su uso a ningún individuo aunque no pague por ellos, existe un fuerte incentivo para consumirlos sin pagarlos. La imposibilidad de controlar este consumo gratuito desincentiva su producción por la iniciativa privada, por lo que serán siempre ofrecidos en una cantidad inferior a la socialmente eficiente. Esta circunstancia explica la intervención pública, mediante la provisión pública de este tipo de bienes⁷³.

3) Por último, el mercado fracasa cuando la información de la que disponen los oferentes y demandantes de un bien o servicio no es la misma: es lo que se conoce como «información asimétrica»⁷⁴. En realidad, en numerosas ocasiones los consumidores poseen una información insuficiente, e incluso engañosa, de los bienes o servicios que

ocurre con las autopistas de peaje o las emisoras de televisión codificadas. Por último, algunos bienes no son estrictamente públicos ni privados: son los llamados bienes públicos impuros. La educación es un ejemplo de esta clase de bienes, ya que, si bien la sociedad en general se beneficia de la educación recibida por los alumnos, algunos individuos se benefician más que otros: los propios alumnos y sus futuros empleadores (y, por supuesto, los profesores, que viven de enseñar).

⁷³ Recuérdese que la provisión de ciertos bienes públicos era una de las pocas tareas que debía asumir el Estado en esa sociedad de la competencia perfecta imaginada por Adam Smith.

⁷⁴ «... los economistas han advertido que cuando la información es asimétrica el mercado puede hundirse y crear la necesidad de intervenirlo. Para entender cómo puede ocurrir una cosa así, pensemos en una ciudad cualquiera, con sus propietarios de vehículos y sus correspondientes talleres de reparación. Cierta día, todos los automóviles se averían, y se detectan problemas, graves en unos y leves en otros. Por reparar un coche con problemas graves, cualquier taller cobra 450 dólares, pero si la avería carece de importancia el precio de reparación es de 350 dólares. Al taller le cuesta 250 dólares la reparación de una avería grave y 150 la de una avería leve. Como los dueños de los automóviles ignoran las causas de las averías, siempre están supeditados a la opinión de los dueños de los talleres a la hora de conocer qué clase de reparación van a cobrar (lo cual es obviamente análogo al problema de hacer un diagnóstico clínico). Una vez chequeado el automóvil en una máquina de diagnosis, el mecánico da con el problema, pero, como sabe que el cliente ignora donde está el fallo (es decir, existe información asimétrica), se siente tentado a mentir diagnosticando una avería grave donde no la hay. Por esta razón, las empresas racionales que potencian al máximo sus beneficios, se enfrentan al "riesgo ético" o incentivo para mentir» [SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica*; ob. cit., pág. 70]. Desgraciadamente, ese riesgo ético es muy real en nuestras sociedades capitalistas (¿quién no siente miedo al dejar un automóvil en un taller, a menos que esté asegurado a todo riesgo?).

se les ofertan, por lo que no están en condiciones de maximizar su utilidad. Esta realidad es una justificación más para la intervención pública, que se ejerce normalmente vía regulación económica: las normas que prohíben ejercer libremente ciertas profesiones (médicos, abogados) o las normas de protección de los consumidores de todo tipo (normas sobre etiquetado, sobre garantía obligatoria de las reparaciones, etc.) son ejemplos de esta intervención reguladora, que, desde una óptica paternalista, pretende lograr que los ciudadanos no sean estafados, y que se hará tanto más necesaria cuanto menos ética exista en el mercado⁷⁵.

B. Otro criterio para juzgar el éxito o fracaso del mercado es el de la *equidad distributiva*. Vaya por delante que el concepto de «equidad distributiva» es susceptible de ser entendido de muchas formas⁷⁶, lo que dificulta notablemente la tarea de juzgar el funcionamiento del mercado desde este patrón. Tarea, además, especialmente acuciante, pues, como dice WOLF, en el mundo real «las cuestiones distributivas son más influyentes que las de eficiencia a la hora de formular juicios sobre el éxito o el fracaso de los resultados del mercado»; y, citando a Jacobo Viner,

⁷⁵ Esta óptica paternalista no debe hacernos olvidar que, como señalamos páginas atrás, el mercado existe precisamente para reducir los costes de información de los intercambios y que la competencia, allí donde existe, desarrolla mecanismos automáticos de garantía. La competencia es fuente de información para el consumidor. Aquella, además, incentiva al consumidor a informarse, cosa que no ocurre con la regulación (que la da ya hecha la información). Siendo así que la regulación, si bien tiene resultados beneficios (en forma de etiquetados completos, garantías obligatorias, etc.), también tiene costes (precios más altos, ya que las exigencias públicas son costes para las empresas).

⁷⁶ «... equidad como igualdad de oportunidades; equidad interpretada en el sentido de igualdad de resultados; equidad como perfecta igualdad de resultados a menos que apartarse de la igualdad suponga una condición previa fundamental para garantizar ventajas a quienes son menos afortunados; equidad como imperativo categórico que especifica que ninguna actuación persona o individual es justa a menos que pueda aplicarse como una máxima que oriente el comportamiento de los demás; equidad en el sentido de equidad horizontal (tratar de manera igual a los iguales); equidad como equidad vertical (tratar de manera convenientemente desigual a los desiguales); equidad como justicia marxiana ("de cada uno de acuerdo con su capacidad, a cada uno según sus necesidades"); equidad conforme al Antiguo Testamento ("ojo por ojo") o equidad según el Nuevo Testamento ("poner la otra mejilla")» [WOLF, Ch.: *Mercados o Gobiernos (elegir entre alternativas imperfectas)*; ob. cit., pág. 81].

añade que «la intervención pública general en el mercado libre se ha producido "... en gran parte como consecuencia del descontento con respecto a la distribución de la renta imperante ..."»⁷⁷.

En realidad, el mercado no está pensado para ser equitativo, sino para ser eficiente: dados unos recursos limitados, constituye un instrumento para asignarlos eficientemente y así satisfacer las necesidades o deseos de la sociedad (al menos las necesidades o deseos de quienes, dentro de ella, tienen poder de compra). No siempre es eficiente (en el sentido paretiano del término), pero, aún cuando logre la eficiencia, ello no nos dice nada acerca de la equidad: una situación óptima en sentido paretiano puede ser una situación no equitativa. El mercado es neutro al respecto y, por tanto, no garantiza la equidad distributiva⁷⁸, ni entendida como igualdad de oportunidades (el mercado no asegura una asignación inicial de recursos equitativa), ni entendida como igualdad de resultados o, al menos, como distribución no excesivamente dispar de la renta (aún cuando la asignación inicial de recursos fuera igualitaria, el mercado tampoco aseguraría que la distribución final de la renta fuera igualitaria o no excesivamente desigual).

La equidad distributiva, más que como un criterio para juzgar el funcionamiento del mercado, debe entenderse como una opción social. Los ciudadanos puede preferir una sociedad equitativa y es esta preferencia la que legitima la intervención pública en la economía. Ciertamente es que una política que promueve la equidad distributiva entra a menudo en conflicto con la que promueve la eficacia; en estos casos, también es una opción social determinar hasta cuándo debe ser sacrificada la eficacia

⁷⁷ WOLF, Ch.: *Mercados o Gobiernos (elegir entre alternativas imperfectas)*; ob. cit., pág. 32.

⁷⁸ Creo que tiene razón THURLOW cuando afirma que el capitalismo no reivindica metas gloriosas para la humanidad; se trata simplemente de un sistema económico eficiente (el más eficiente) a la hora de potenciar al máximo las preferencias personales individuales. *Pero no tiene una teoría respecto a cómo esas preferencias han sido, o van a ser configuradas*, de manera que potenciará al máximo las preferencias perversas, con igual rapidez que las preferencias altruistas humanas; de lo que se trata es de dejar a todos que potencien al máximo su conveniencia al ejercer sus propias preferencias personales [THURLOW, L.: *El futuro del capitalismo*; ob. cit., págs. 272 y ss.].

en aras de la equidad. Lo que debe quedar claro es que la equidad es una cuestión de preferencia social, no un criterio (al menos un criterio endógeno) para juzgar el funcionamiento del mercado⁷⁹.

4.2. La intervención pública.

El mercado no siempre es eficiente y, además, no garantiza una distribución equitativa de la renta (porque no está diseñado para ello). Constatados tales hechos, surge la cuestión de si está justificada la intervención de los poderes públicos para corregir ambos problemas. Bajo el capitalismo triunfante, el tema de discusión es *más o menos intervención pública*, asunto que habíamos dejado pendiente páginas atrás. El mercado necesita de la intervención del Estado (cosa que ni siquiera Smith puso en duda), el problema es el grado de intervención. Detrás de esta discusión se esconden dos formas muy distintas de entender el capitalismo, la individualista (de corte anglosajón) y la comunitarista (de corte europeo y japonés)⁸⁰. El capitalismo

⁷⁹ No faltan quienes consideran que la desigualdad económica es ineficiente y que, por ello, es condición «sine qua non» de eficacia. Se aduce al respecto que la desigualdad económica extrema conlleva un reparto de la riqueza que no maximiza la utilidad marginal total del dinero de la sociedad: como dice DE SEBASTIÁN, la utilidad marginal de los últimos mil dólares que recibe cualquiera de las 400 personas más ricas de Estados Unidos es mucho menor que la utilidad de los mil dólares "marginales" que recibe cada uno de los 30 millones de pobres que hay en ese país; de tal suerte que «si se quitaran –por las buenas, naturalmente– 30.000 millones de dólares a los 400 más ricos y se repartiera, a razón de 1000 dólares por persona, entre los 30 millones de pobres, la utilidad marginal total del dinero aumentaría significativamente»; en otras palabras, «repartiendo mejor el dinero se puede conseguir una suma mayor de satisfacción o bienestar en la sociedad» (DE SEBASTIÁN, L.: «Alegato contra la desigualdad económica»; en *El País*, 24 de enero de 2000). A este argumento de eficacia se puede añadir otro: la pobreza incentiva el delito, que supone un coste para la sociedad (una externalidad negativa); vid. al respecto, SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica*; ob. cit., pág. 83 y ss.

⁸⁰ Sobre esta cuestión, vid. THUROW, L.: *Head to head: the coming economic battle among Japan, Europe and America* (Morrow, 1992). Para Schnitzer [SCHNITZER, M.C.: *Comparative Economic Systems* (South-Western Publishing Co., 1994 – 6.ª ed.)], las variantes de capitalismo son tres: el capitalismo de mercado americano («U.S. Market Capitalism»), el capitalismo social de mercado europeo («Social Market Capitalism») y el Capitalismo Dirigido japonés («State-Directed Capitalism»); los dos últimos tienen en común,

individualista defiende la intervención del Estado para asegurar el sistema económico establecido (atribuyéndole un papel de gendarme), pero también para resolver los problemas de eficiencia del mercado (los problemas de competencia⁸¹ y los llamados fallos del mercado); la intervención que asigna al Estado es una intervención puramente «pro mercado», dirigida a asegurar su correcto funcionamiento. El capitalismo **comunitarista** asigna al Estado, además de una intervención «pro mercado», un importante papel a favor de la equidad distributiva, papel – no cabe duda – potencialmente contradictorio con el de defensor del funcionamiento eficiente del mercado.

Eludo toda pretensión de debatir acerca de cuál de esas variantes del capitalismo es mejor, asunto que no interesa al jurista⁸². Lo que le

frente al primero, el que auspician un sistema de programas sociales, pero se diferencian entre sí en el sujeto proveedor: en el modelo europeo es el Estado, en el modelo japonés es la empresa. Por lo demás, en Japón existe una muy estrecha conexión entre el Gobierno y las empresas, lo que se refleja en que la política económica es una política consensuada entre el Gobierno y las grandes empresas.

⁸¹ Entendida la competencia en un sentido realista, no como competencia perfecta, sino como competencia operativa («workable competition») o, si se prefiere, como competencia a secas. Sobre ello tendremos ocasión de volver.

⁸² En cualquier caso, me permito sugerir que sea el sistema económico el que se adapte al entorno de la sociedad (a su modo de ser) y no al revés. A este respecto, vid. SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica*; ob. cit., pág. 139. Según el autor, cuatro son los requisitos necesarios para asegurar la estabilidad de un sistema económico: 1.º que los incentivos del sistema sean congruentes con la naturaleza humana; 2.º que el sistema se avenga con la historia cultural de la sociedad en la que se establece; 3.º que el sistema económico procure resultados que los agentes consideren justos e imparciales; 4.º que el sistema sea eficaz. El capitalismo individualista americano –dice SCHOTTER– cumple holgadamente con estos requisitos: es eficaz (su productividad es incuestionable); es congruente con un enfoque de la naturaleza humana (egoísta y racional) desagradable, pero real; encaja bien en la tradición política y cultural americana; por último, se le tiene por justo e imparcial. Precisamente uno de los aspectos más llamativos del sistema americano es que la gente, por muy pobre que sea, cree que los ricos tienen derecho a los ingresos que perciben, por muy elevados que sean; los norteamericanos, en lugar de experimentar resentimiento por los ingresos de las superestrellas del deporte o de los grandes ejecutivos, tienden a convertirlos en héroes y a idolatrarlos. Esta circunstancia es, sin duda, clave para entender la estabilidad del modelo americano de capitalismo.

En Europa, este modelo extremo ¿encaja en la tradición política y cultural de los países continentales? ¿es tenido por justo e imparcial? Mucho me temo que no. En mi opinión (y esta no es la opinión de un jurista), tiene asegurada una

interesa a este jurista es únicamente averiguar si nuestra Constitución consagra el sistema económico capitalista y, si esto es así, si se inclina por alguna de las dos formas de capitalismo o si permite la puesta en práctica de cualquiera de ellas. Es esta una cuestión que abordaremos en los capítulos siguientes. No obstante, no me resisto a hacer una reflexión final: la defensa de la intervención pública sobre el mercado suele hacerse desde una visión idealizada del Estado, como sujeto capaz de identificar las insuficiencias del mercado y de ponerles remedio. Se carga así sobre los poderes públicos la responsabilidad de resolver todos los males del mercado (reales o aparentes) y, en la medida en que no los resuelve, los ojos de los ciudadanos se vuelven contra el Estado. La frustración con el Estado da alas a los que, desde una visión también idealizada del mercado, preconizan más mercado y menos Estado. La verdad es que, si el mercado tiene fallos, también los tiene el Estado⁸³; ni la mano invisible del mercado ni la visible del Estado aseguran por sí solos el bienestar material general. En definitiva, *la elección entre mercado o Estado es la elección entre alternativas imperfectas.*

mayor estabilidad en Europa un capitalismo de corte comunitarista que otro de corte individualista.

⁸³ Una teoría formalizada de los *fallos del no mercado* se encuentra en WOLF, Ch.: *Mercados o Gobiernos (elegir entre alternativas imperfectas)*; ob. cit, cap. 3 y 4. Para WOLF, el mercado, como instrumento general de asignación de recursos, es más eficiente que el Estado; y, desde la perspectiva de la equidad distributiva, tanto los sistemas de mercado como de no mercado tienen graves imperfecciones.

CAPITULO III

APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A LA ECONOMIA DE MERCADO (I)

1. EL SISTEMA ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN.

El artículo 38 de la Constitución reconoce no sólo la libertad de empresa, sino también el marco económico en el que aquella se ejerce –la economía de mercado-. La incorporación a nuestra Carta Magna de la “economía de mercado” plantea, de inmediato, un interrogante: ¿a qué llama la Constitución “economía de mercado”? La respuesta a este interrogante exige distinguir entre un concepto estricto (o propio) y un concepto amplio (o impropio) de “economía de mercado”. El concepto estricto (o propio) define la “economía de mercado” como una economía basada en el mercado como mecanismo de coordinación de la actividad económica, por contraposición a la “economía dirigida o planificada”, en la que la coordinación –la dirección misma- de la actividad económica se basa en planes (públicos) elaborados por una autoridad central (pública). Ahora bien, una “economía de mercado”, aún en esta acepción estricta, es algo más que el mercado. Como se ha dicho en el capítulo anterior¹, el mercado es, por supuesto, el gran coordinador de las decisiones económicas individuales (de los planes individuales), pero previa al mercado está precisamente la decisión de emprender una actividad económica *para* el mercado; y ejecutar esta decisión supone el desarrollo de dos tareas: producir bienes y servicios y, después, lanzarlos al mercado (con el fin de obtener un beneficio). En sentido estricto (o propio), una “economía de mercado” es una economía basada en el *mercado*, pero también en la *libre iniciativa económica privada*, porque sin iniciativa económica privada no hay

¹ Vid. *supra*, capítulo II, apartado 3.1.

mercado y sin mercado (en el que buscar el beneficio) no hay iniciativa económica privada.

El concepto amplio (o impropio) identifica "economía de mercado" con *capitalismo de mercado*, o capitalismo a secas, que añade a los dos elementos anteriores un tercero, la propiedad privada de los medios de producción². En sentido amplio, decir "economía de mercado" es lo mismo que decir "capitalismo", y lo que se pretende con el empleo de la primera expresión es justamente esto, evitar el empleo de una palabra –capitalismo– que aún hoy tiene connotaciones negativas, que aún hoy evoca imágenes de explotación: "economía de mercado" es la forma políticamente correcta de designar al capitalismo (de mercado). En todo caso, quede constancia de que, en sentido amplio (o impropio) una "economía de mercado" (una economía capitalista, o capitalista de mercado) es una economía basada en tres elementos: propiedad privada de los medios de producción, libre iniciativa económica privada y mercado.

La lectura aislada del artículo 38 de la Constitución conduce a entender la expresión "economía de mercado" en sentido estricto, como contrapuesta a economía planificada. Nada se dice expresamente del régimen de la propiedad de los medios de producción en el artículo, sí del régimen de coordinación de la actividad económica (el mercado es el coordinador en una economía de mercado) y del régimen de la iniciativa económica (se reconoce expresamente la libertad de empresa, especie dentro del género "libre iniciativa económica privada")³. Pero fuera del artículo 38, la Constitución se pronuncia sobre el

² La propiedad de los medios de producción es criterio de distinción entre el "capitalismo" en sentido estricto y el "socialismo" en sentido estricto: el primero se basa en la propiedad privada de los medios de producción, el segundo en la propiedad pública de los mismos. Vid. *supra*, capítulo I, apartado 3.2.

³ Recuérdese que lo que se reconocía expresamente en el Anteproyecto constitucional era la "libre iniciativa económica", y que será en la Comisión Constitucional del Congreso donde se cambiará el tenor del derecho reconocido por el de "libertad de empresa". Ello no es óbice para afirmar que la "libre iniciativa económica" no esté reconocida constitucionalmente. En efecto, sería absurdo reconocer expresamente la especie (la libertad de empresa) sin reconocer implícitamente el género; además, la Constitución se refiere expresamente, no al mercado, sino a la economía de mercado y, como ya he dicho, ello es algo más que el mercado, pues engloba también la iniciativa económica privada. La libre iniciativa económica privada es reconocida implícitamente en la Constitución como elemento

régimen de la propiedad de los medios de producción: en el artículo 33 se reconoce el derecho a la propiedad privada (apartado 1), que se proyecta sobre los bienes y derechos (apartado 3), entre los que están los medios de producción, respecto de los cuales la Constitución nada dice en contra de su apropiación privada⁴. En consecuencia, los tres elementos de la "economía de mercado" en sentido amplio están consagrados en la Constitución: en el artículo 38, la libre iniciativa económica privada (la libertad de empresa en particular) y el mercado; y, en el artículo 33, la propiedad privada de los medios de producción. Interpretada sistemáticamente, la expresión "economía de mercado" del artículo 38 es sinónimo de capitalismo de mercado (o capitalismo a secas)⁵.

Ambas acepciones de la "economía de mercado", la estricta (o propia) y la amplia (o impropia), están recogidas en la Constitución. Hecha la aclaración, el siguiente interrogante que se plantea es éste: ¿qué significa la incorporación expresa de la "economía de mercado" al texto constitucional? Significa que, cuando el artículo 38 de la Constitución dispone que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», quiere decir que se reconoce esa libertad en el marco de un sistema económico determinado, el "capitalismo de mercado" (llamado en sentido impropio "economía de mercado"). El marco constitucional de la libertad de empresa no puede ser cualquier sistema económico: no puede serlo ni el socialismo (planificador o de mercado) ni el capitalismo dirigido. A la vista de la Constitución misma, el único

esencial de la economía de mercado (art. 38), amén de como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1).

⁴ La única alusión constitucional a la propiedad de los medios de producción se hace en el artículo 129.2, que dispone que los poderes públicos «establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». La norma presupone que los medios de producción son susceptibles de apropiación privada.

⁵ Cuando me refiero al capitalismo a secas, sin aditamento, lo hago en realidad al capitalismo de mercado, que se distingue no sólo del socialismo (planificador o de mercado), sino también del capitalismo dirigido. Pero, como ya se ha dicho en el capítulo I, tanto el socialismo de mercado como el capitalismo dirigido son sistemas económicos inestables, que acaban por transformarse, bien en capitalismo de mercado, bien en socialismo planificador. De ahí que la contraposición básica entre sistemas económicos sea entre capitalismo de mercado y socialismo planificador, que podemos llamar capitalismo y socialismo a secas. A este respecto, vid. *supra*, capítulo I, apartado 3.2. Usaré normalmente la expresión "capitalismo", salvo cuando quiera precisar, en que emplearé la expresión "capitalismo de mercado".

marco constitucional posible es el capitalismo de mercado, lo que, por otra parte, es coherente con el sistema político consagrado constitucionalmente, la democracia⁶.

La reflexión anterior es del todo punto pertinente, porque, como es sabido, no han faltado voces en el pasado que, desde posiciones neutralistas o abiertas⁷, han sostenido que la Constitución española de 1978 no consagra sistema económico alguno⁸, o que en ella cabe una gran variedad de sistemas económicos⁹, o que la expresión "economía de mercado" es tan flexible que admite lecturas diversas¹⁰. Creo que las posiciones neutralistas o abiertas y,

⁶ Porque la democracia como sistema político reclama necesariamente el capitalismo de mercado como sistema económico. Sobre esta cuestión, vid. *supra*, capítulo I, apartado 3.3.

⁷ Dar cuenta exhaustiva de todas las voces neutralistas y de las refutadoras puede resultar fatigoso; a este respecto, me remito a GIMENO FELIU, J.M.: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas»; 135 *Revista de Administración Pública* (septiembre-diciembre 1994), en particular, págs. 151 a 163.

⁸ Esta es, por ejemplo, la posición de BASSOLS COMA, para quien «nuestro texto constitucional no define ni garantiza en términos normativo-constitucionales un determinado sistema económico, ni paralelamente garantiza el sistema económico real de que se parte, ni otro abstracta y racionalmente concebido que de forma voluntarista y conscientemente programado se pretenda implantar de forma excluyente» [BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico* (Tecnos, 1985), pág. 311].

⁹ Esta es, por ejemplo, la posición de Oscar DE JUAN, para quien, desde una perspectiva jurídica, la Constitución es «una norma abierta, compatible con una pluralidad de sistemas económicos», aunque —matiza— «una constitución económica abierta no es lo mismo que una Constitución vacía y desprovista de fuerza jurídica» [DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1984), págs. 68 y 69]. También la de DIEZ PICAZO, quien, en voto particular a la STC 36/1981, dijo: «La Constitución económica en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona, permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos».

¹⁰ Así se expresaba SOLE TURA en el debate del proyecto de Constitución en el pleno del Congreso, en la sesión de 11 de julio de 1978: «economía de mercado es, por ejemplo, un sistema capitalista en fase de acumulación primitiva. Economía de mercado es también una economía capitalista en su fase monopolística. Economía de mercado es [igualmente] una economía mixta, como la que preconizamos nosotros [...] en definitiva, se podría decir que economía de mercado —aunque parezca que no es así, y que esto es rizar el rizo de la contradicción— puede ser, por ejemplo, un sistema como el que existe en los países del Este, porque allí también existen relaciones de mercado» [Vid. *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, vol. II (Cortes Generales, Servicio de estudios y publicaciones, 1980), pág. 2188]. El propio Tribunal Supremo sostendrá que el artículo 38 «no prejuzga nada, porque, como han apuntado prestigiosos comentaristas del mismo, conocedores de su proceso de elaboración, no existe un modelo de economía de mercado, sino varios y, sobre todo,

en general, la polémica doctrinal en nuestro país sobre si nuestra Constitución consagra o no un sistema económico, son tributarias del debate habido en Alemania en relación con su Ley Fundamental¹¹. Sobre este debate y su artificial importación a nuestro país diré algo después (al analizar el concepto de "Constitución económica"). Aquí interesa subrayar que no es verdad que en nuestra Constitución no se consagre sistema económico alguno, o que permita varios de ellos, porque sencillamente ha consagrado expresamente uno concreto, en el artículo 38, la "economía de mercado"¹², o, lo que es lo mismo, el capitalismo. Y tampoco es verdad que quepa todo tipo de lecturas del sistema económico "constitucionalizado"¹³: sólo caben aquellas que respeten

la fórmula empleada en este artículo fue una fórmula consensuada, a la que prestaron su adhesión partidos sociológica e ideológicamente antagónicos, mediante la transacción de incluir tanto este principio [el de libertad de empresa], como el antagónico que defiende las exigencias de la "economía general" y de la planificación» (STS de 24-5-1984, Ar. 3132).

¹¹ Como dice ALBERTI ROVIRA, «el debate en España acerca del "modelo económico" contenido en la Constitución de 1978 ha seguido, en general, los mismos derroteros básicos que en la RFA». Dice también que «desde la misma aprobación de la Constitución de 1978, e incluso antes, a la vista de los diversos anteproyectos, ha sido motivo de preocupación doctrinal (y política) el saber si la Constitución consagraba un determinado modelo económico y, en su caso, de cuál se trataba o cuales eran sus rasgos principales». Y considera significativo observar como desde posiciones próximas al liberalismo económico «existe una tendencia a afirmar claramente, aunque con matices importantes, que la Constitución contiene efectivamente un modelo económico (llámese modelo, sistema, orden...) y que este coincide con el de la economía de mercado», mientras que «desde las posiciones que ponen el acento en el principio social del Estado ... se tiende a considerar que la Constitución no contiene propiamente un modelo económico, sino que ostenta uno de carácter abierto que permite múltiples posibilidades y alternativas, a veces incluso contrapuestas»; en fin, «esta divergencia, aun cuando sólo tendencial, no dejar de ser en esencia la misma que se ha producido en Alemania». Vid. ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica* (Civitas, 1995), págs. 186 y 188.

¹² Como apunta certeramente ARAGON REYES, «Nuestra Constitución, que no es neutral, por supuesto, en cuanto al sistema político, tampoco lo es en lo que se refiere al sistema económico, que no es otro que la economía de mercado, según dispone en su artículo 38» [ARAGON REYES, M.: «Nota Preliminar», pág. X; en *Libertades Económicas y Estado Social* (Mac Graw Hill, 1995)]. Y es que «nunca una Constitución —ni, por consiguiente, la nuestra— es neutral respecto del modelo económico; para eso tendría que ser neutral respecto de la sociedad misma, lo que equivaldría a renunciar a "constituirla" [GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho* (Tecnos, 1984), pág. 94].

¹³ Tiene razón MARTÍN-RETORTILLO cuando dice que una cosa es la interpretación evolutiva de las normas constitucionales económicas y otra cosa muy distinta es que tales normas admitan diferentes *lecturas* de su contenido: «Habría así, por ejemplo, una lectura en clave socialista; otra, en clave liberal. Las normas de la Constitución económica, de esta forma, conducirían no sólo a soluciones distintas, lo que podría ser lógico, sino incluso contradictorias. Todo cabría entonces en el texto de la Constitución», en consecuencia, «hay opciones -y soluciones- económicas que

en lo esencial las tres piezas de que se compone (propiedad privada, libre iniciativa económica privada-libertad de empresa y mercado), porque, de lo contrario, dejaría de ser capitalismo para ser otra cosa, y ello exigiría la reforma de la Constitución¹⁴.

Decir que la Constitución reconoce expresamente la economía de mercado (en sentido amplio), esto es, el capitalismo, no significa hacer una lectura liberal o neoliberal de nuestra Carta Magna, sino extraer las consecuencias lógicas de la voluntad del constituyente de incorporar expresamente al texto constitucional la "economía de mercado" y las piezas de que se compone¹⁵. En realidad, como dice certeramente GARRORENA MORALES, «el legislador constituyente, al reconocer la "economía de mercado, no ha hecho otra cosa que reflejar el sistema económico establecido», y «obrar de otra forma hubiera sido una ingenuidad, una ficción cuyo único resultado sería el progresivo divorcio entre la Constitución y la vida»¹⁶. Pero la incorporación del capitalismo no significa que el constituyente acepte absolutamente sus reglas (el orden económico natural del capitalismo): supone, desde luego, la garantía al máximo nivel de su existencia y de sus elementos esenciales, pero también su limitación, con arreglo al resto de las disposiciones económicas

no caben en la Constitución. No cabría asumirlas si proceder previamente a su modificación» [MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 76).

¹⁴ Como he dicho en el capítulo anterior, el sistema económico capitalista consiente elementos extraños (propiedad pública y planificación centralizada de la economía), pero hasta un límite, traspasado el cual se desnaturaliza. En particular, en una economía *de mercado en sentido estricto* pueden existir *sectores de no mercado*: sectores en los que no existe libre iniciativa económica y en los que la asignación de recursos productivos se lleva a cabo centralizadamente, a través de una planificación pública imperativa. Ahora bien, estos sectores no pueden absorber la mayor parte de la actividad económica, pues, de lo contrario, la economía dejará de ser de mercado para convertirse en una economía *de no mercado*.

¹⁵ La constitucionalización de la "economía de mercado" no deriva sólo de la referencia expresa a ella del artículo 38, sino también de la constitucionalización de las piezas que componen el sistema económico, y aún de la de la democracia, que necesariamente reclama aquél sistema económico. De faltar la referencia expresa a la economía de mercado (y al mercado) aún sería posible argumentar en favor de la "constitucionalización" del sistema económico capitalista, pero la argumentación se desenvolvería en un cierto nivel de incertidumbre, pues se articularía sobre lo implícito. La definición expresa del sistema económico evita este problema y, en este sentido, la norma del artículo 38, amén de una función de reconocimiento, cumple una función de certeza (de seguridad jurídica).

¹⁶ GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*; ob. cit., págs. 89-90.

constitucionales. La "economía de mercado" no puede ser eliminada jurídicamente (salvo reforma constitucional), pero sí es limitable jurídicamente, bien que la "limitabilidad" tiene a su vez el límite de preservar la imagen maestra del sistema económico garantizado. La libertad de empresa se reconoce *en el marco de* la economía de mercado, pero tanto la una como la otra se reconocen *en el marco de* la Constitución. Es el sistema económico el que se sitúa dentro de la Constitución y no al revés. El axioma es: *economía de mercado en el marco de la Constitución* y no *Constitución en el marco de la economía de mercado*¹⁷.

En resumen, el constituyente de 1978 ha tomado expresamente una decisión en lo económico, "constitucionalizar" la economía de mercado¹⁸. Esta decisión, como ya se ha dicho, no tiene carácter constitutivo: la Constitución no "crea" la economía de mercado (obviamente), sino que la "reconoce" (tal como es definido por la ciencia económica —esta labor de definición ha ocupado los capítulos precedentes—) pero, eso sí, al incorporaría en su seno la "recrea", porque no sólo la garantiza sino que lo delimita conforme a la voluntad del constituyente. A la garantía del sistema económico dedicaré el capítulo siguiente; antes, es preciso hacer unas aclaraciones conceptuales importantes (apartado 2), así como enmarcar la decisión fundamental sobre el sistema económico dentro del conjunto de las disposiciones económicas constitucionales (apartado 3).

¹⁷ Porque la "economía de mercado" se sitúa dentro de la Constitución y no al revés, tiene pleno sentido el que en el texto constitucional haya menciones de signo contrario a las de la "libertad de empresa" y la "economía de mercado" (en el mismo artículo 38, en el 128 o en el 131), menciones que abren paso a la constitucionalidad de políticas contrarias al sistema económico reconocido. Ahora bien, estas políticas, siendo posibles, sólo lo son siempre que no acaben alterando el sistema económico del que se parte: la superación del sistema económico —objetivo legítimo— sólo puede hacerse mediante una reforma de la Constitución. En consecuencia, la "economía de mercado" es parámetro (negativo) de constitucionalidad de las actuaciones de los poderes constituidos, pero precisamente porque está consagrada (y garantizada en) la Constitución: es parámetro *constitucional*, que no *extraconstitucional* de validez. Al rechazo de la idea de "Constitución material económica" se refiere el apartado siguiente.

¹⁸ Por respeto a la voluntad del constituyente, emplearé a partir de ahora la expresión "economía de mercado" (salvo precisión en contrario), pero bien entendido que me refiero a su acepción en sentido amplio, como sinónimo de capitalismo, expresión esta también entendida en sentido amplio (como sinónimo de capitalismo de mercado). Cuando desee precisar, utilizaré la expresión "economía de mercado en sentido estricto" (o "capitalismo de mercado").

2. PRECISIONES CONCEPTUALES.

2.1. Sobre la idea de Constitución *material* económica.

La economía de mercado se sitúa en el marco de la Constitución y no al revés. Ello significa que la garantía constitucional de su existencia y de sus elementos esenciales obedece exclusivamente a su incardinación en la Constitución. No obedece, desde luego, a su mera existencia como sistema económico real, de tal suerte que sus reglas básicas (el orden económico) se impongan no sólo a los poderes constituidos, sino también al mismísimo poder constituyente. El orden económico capitalista se garantiza (y se limita) por la Constitución *por estar en la Constitución*, no por estar por encima de ella. Procede así salir al paso de todo intento de distinguir entre una Constitución *material* económica y una Constitución *formal* económica: esta última, integrada por las disposiciones económicas plasmadas en el texto constitucional, no sería sino un reflejo de la primera, que vendría a identificarse con el orden económico real del país.

Como se sabe, la versión más acabada y difundida del concepto de Constitución *material* es la elaborada por MORTATI en su conocida monografía, publicada en 1940, «La Costituzione in senso materiale»¹⁹; aunque, como apunta JIMÉNEZ CAMPO²⁰, son cuatro las líneas de desarrollo doctrinal e ideológico que conviven en dicho concepto (implícita o explícitamente): la primera crítica, en el siglo XIX, al concepto liberal de Constitución²¹; el «ordinamentalismo»²²; una parte de la teoría (alemana) de la

¹⁹ Hay traducción española: *La Constitución en sentido material* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000); con estudio preliminar (y traducción) de Almudena Bergareche Gros y epílogo de Gustavo Zagrebelsky.

²⁰ JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Contra la Constitución material»; en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I (Tecnos, 1997), pág. 44.

²¹ Crítica que, como señala SANTAMARÍA PASTOR, se desarrolla «en el plano de la dialéctica política —más que en el de la reflexión teórica—, y en una sorprendente confluencia de tesis conservadoras y socialistas»: a) la tesis conservadora (o

Constitución del período de entreguerras²³; y lo que llama «realismo político»²⁴. Todas estas corrientes —dice el autor— abocan a una conclusión común: «al reconocimiento de una dualidad [...] entre lo que repetidamente se califica de Constitución “formal” y otra, por así decirlo, estructura constitucional no positivizada [...] que se haría presente en el documento constitucional y que

historicista), representada por BURKE y DE MAISTRE, para quienes la Constitución es la forma de ser tradicional de un pueblo y de sus instituciones políticas, que sólo la historia, y no la razón y voluntad humanas, pueden moldear; b) la tesis socialista (o sociológica), representada por LASALLE, quien, en su célebre conferencia pronunciada en Berlín, en abril de 1862, declaró que la Constitución «real y efectiva» de un país descansa en los factores reales de poder que rigen en ese país, de suerte que las Constituciones escritas sólo valen en cuanto expresan esos factores, pues, de lo contrario, sólo son una (la famosa) hoja de papel. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991), pág. 439.

²² Representado por SANTI ROMANO, quien, en 1945, en sus *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, y en el contexto de su teoría institucionalista u ordinamentalista, entendía por Constitución material «la parte fundamental de la estructura que reduce a unidad los elementos que componen una institución y confiere a los mismos individualidad y vida propias». MORTATI se declara tributario de la obra de ROMANO, bien que no se encuentra en éste la distinción jerarquizada entre Constitución material y formal, aunque sí «algo que es también visible en la primera obra de Mortati: el deseo [...] de ordenar jurídicamente (y controlar intelectualmente, por lo tanto) las realidades que, crecidas extramuros del Derecho, identificaban a su tiempo, una vez más, como tiempo de crisis» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Contra la Constitución material»; en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 46].

²³ La representada por las construcciones de SMEND, SCHMITT, HELLER o TRIEPEL, de quienes recibe MORTATI «la preocupación por reconocer las fuerzas conformadoras de la Constitución, dando a las mismas una acogida en la reconstrucción del orden fundamental del Estado» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Contra la Constitución material»; en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 47].

²⁴ Realismo obligado por las circunstancias en las que los juristas italianos se desarrollaron en el período de entreguerras: bajo el yugo fascista, no podrán hacer otra cosa que constatar que «la Constitución material no era sino el partido único y el régimen por él animado, como señalaría Gueli, quedando el documento constitucional relativizado a la condición de mera cobertura simbólica, inerte, vaciada de contenido normativo»; el problema estriba en que este escepticismo ante la normatividad de la Constitución «pasará, con retoques no sustantivos, a las concepciones posteriores de quienes, reconociendo la “verdadera constitución” en el sistema de fuerzas políticas de un régimen concreto, asignan a la norma fundamental un papel meramente “garantizador” e “instrumental” —reiterativo, en definitiva— respecto de la Constitución material» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Contra la Constitución material»; en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 48].

condicionaría en diverso grado, según los expositores, el desenvolvimiento práctico de éste.»²⁵.

¿Cuál es el grado de condicionamiento que la Constitución *material* podría ejercer sobre la Constitución *formal*? En su sentido más fuerte —el presente en la obra de MORTATI—, la primera (que viene dada «por la organización de las fuerzas sociales establemente ordenadas en torno a un sistema de intereses y fines determinados»²⁶), estaría dotada de una intrínseca juridicidad y, lo que es más importante, se colocaría por encima de la segunda. Ello tendría consecuencias trascendentales: la Constitución *material* se erigiría en límite absoluto e implícito para la reforma de la Constitución *formal* (límite al poder constituyente derivado), existieran o no cláusulas de intangibilidad en ésta última; y, a su amparo estarían legitimadas tanto la suspensión de la Constitución formal en circunstancias excepcionales como la realización de prácticas desviadas del texto constitucional, en tanto se consolidaran por la vía de hecho (serían auténticas convenciones *contra constitutionem*). En definitiva, la Constitución *material* implicaría «una supernormatividad con la que debe[ría] cotejarse todo acto jurídico y que legitimaría también, llegado el caso, la quiebra del orden jurídico articulado en la ley constitucional»²⁷.

²⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J: «Contra la Constitución material»; en VV.AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 48.

²⁶ Así definió MORTATI la Constitución material o sustancial, decenios después de su primera formulación, ya en el contexto de una Constitución (formal) democrática: vid. JIMÉNEZ CAMPO, J: «Contra la Constitución material»; en VV.AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 43.

²⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J: «Contra la Constitución material»; en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 51. El autor aísla cuatro significados del concepto. El más fuerte es el que se ha expuesto; los otros tres son: a) un significado sociológico: la Constitución formal es expresión de un régimen político (y económico, añadido yo), que el constitucionalista debe reconocer y estudiar para dar a su trabajo de un realismo mínimo indispensable; b) un significado de directriz política constitucional: es tarea de los constituyentes recoger fielmente en la Constitución formal la situación del poder político (y económico, añadido yo) en la sociedad sobre la que actúan, con el fin último de garantizar el mayor grado de vinculación (aplicación) posible del texto escrito; c) un significado de directriz de interpretación: los preceptos de la Constitución formal deben interpretarse a la luz de las decisiones básicas que integran la Constitución material. Como se ve, los dos primeros significados no tienen trascendencia jurídica; el tercero sí, en la medida en que esa directriz de interpretación se imponga efectivamente al intérprete.

Tiene razón el citado JIMÉNEZ CAMPO cuando afirma que la idea de Constitución material, entendida en el sentido fuerte antes expresado, «controvierte los rasgos consustanciales a todo sistema jurídico», «sin dar gran cosa a cambio»²⁸. Por una parte, queda dañada la «normatividad del Derecho Constitucional», en la medida en que se diluye toda distinción entre el plano del *ser* y el del *deber ser*: lo que es (la realidad que plasma la Constitución *material*) es lo que debe ser²⁹. Por otra parte, quedan dañadas tanto la «objetividad» como la «certeza y seguridad» del Derecho (Constitucional): la norma (constitucional o infraconstitucional) que proviene de sujeto dotado de competencia para dictarla y elaborada con arreglo al procedimiento establecido no será necesariamente aplicable; lo será sólo en la medida en que sea compatible con una fantasmagórica Constitución *material*, producto de un sujeto incierto (las «fuerzas sociales») y cuyo contenido es también incierto o, más bien, es dejado al criterio personal del intérprete constitucional. La labor de interpretación y aplicación de la Constitución se convierte así en algo no muy lejano a la famosa justicia del *cadí*.

A lo anterior habría que añadir el riesgo que para la democracia misma significa esa versión fuerte de la idea de Constitución *material*, ya que viene a suponer en la práctica la erección de un nuevo Poder Constituyente, distinto del de los «grandes días» (el genuinamente originario) y, obviamente, situado por encima del Poder Constituyente Derivado: de carácter permanente y difuso, tiene plena capacidad para moldear e incluso reformar la Constitución escrita, sin alterar su texto. A la soberanía del pueblo (dueño de la Constitución *formal*), vendría a añadirse la soberanía cotidiana de las oscuras «fuerzas sociales» (dueñas de la Constitución *material*), cuyos designios, subjetivamente traducidos por el intérprete de la Constitución, serían fuente no

²⁸ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Contra la Constitución material»; en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I; ob. cit., pág. 52.

²⁹ Esta identificación entre *ser* y *deber ser* supone, al mismo tiempo, la subordinación del criterio de *validez* al de *eficacia*: las normas integrantes del texto constitucional (la Constitución *formal*), aún siendo válidas, sólo son aplicables si no contravienen la Constitución *material*, ya que, de existir prácticas constitucionales materiales contrarias al texto formal, prevalecen aquellas sobre éste; el resultado, en este caso, es que normas formalmente válidas no son materialmente aplicadas. El criterio decisivo de selección (o preselección) de la norma aplicable no es, así, el de su validez, sino el de la eficacia, el de su acomodo a la «realidad constitucional».

ya de mutaciones constitucionales, sino de prácticas contrarias a cualquier sentido posible del texto constitucional³⁰.

No acepto la distinción entre Constitución *material* y Constitución *formal*: sólo existe Constitución a secas. Lo cual no significa defender una concepción autista de la Constitución, como norma puramente ideal y desconectada de la realidad. Todo lo contrario: es imprescindible que el texto constitucional guarde la necesaria conexión con la realidad sobre la que se proyecta, si se quiere que sea observado cotidianamente, que no se convierta en una "hoja de papel". Tanto la técnica de interpretación con arreglo a la «realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada» (que el artículo 3 de nuestro Código Civil configura como criterio hermenéutico de las normas) como la de las mutaciones constitucionales sirven a esa finalidad. Se trata, no obstante, de técnicas limitadas, que no pueden estirarse hasta el punto de pretender que la Constitución diga lo que en ningún caso quiere decir. Cuando la falta de sintonía de la Constitución con la realidad se convierte en algo patológico, cuando los incumplimientos de la misma se generalizan, lo que se impone es la modificación de su texto, con arreglo al procedimiento establecido, pues siempre es más fácil cambiar las normas que la realidad. Este es mejor camino que el de legitimar los incumplimientos apelando a otra Constitución (la *material*), o lo que es lo mismo, a la pretendida superioridad de la «realidad» sobre el Derecho.

Por todo cuanto antecede, no voy a manejar aquí concepto alguno de Constitución material económica: no hay normas económicas *materialmente* constitucionales que no sean *formalmente* constitucionales. Dicho de manera más precisa: no hay más normas económicas constitucionales que las expresamente formuladas en el texto constitucional (normas constitucionales explícitas) o las que puedan derivarse de la interpretación de aquellas (normas constitucionales implícitas). Las segundas nada tienen que ver con las que

³⁰ Utilizo la expresión «mutación constitucional» en el sentido restrictivo en el que la emplea HESSE: una mutación constitucional supone la alteración del significado de una norma constitucional sin alterar su texto; cuando se produce una praxis en contradicción con el texto y con cualquier sentido posible del texto constitucional, ya no estamos ante una mutación constitucional, sino, sencillamente, ante una ruptura

puedan extraerse de un presunto orden económico material (o natural) que trasciende al texto constitucional: estas presuntas normas constitucionales, ni son constitucionales, en cuanto no emanan de la Constitución, ni son normas, en cuanto que la Constitución no les atribuye fuerza de obligar³¹.

2.2. Sobre la idea de Constitución económica.

Se impone también enfrentarse a la equívoca expresión "Constitución económica", que tanto eco ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia, pero que no deja de ser fuente de problemas. Porque, en verdad, la expresión es perturbadora si se emplea en sentido prescriptivo, y superflua si se emplea en sentido descriptivo.

En sentido prescriptivo, la expresión alude a la decisión fundamental sobre el sistema económico. Este es el sentido que le dio para el Derecho³² la escuela neoliberal de Friburgo (de EUCKEN y BÖHM -el "ordoliberalismo"): la constitución económica es «la decisión total sobre el orden de la vida económica de una Comunidad»³³ o, como se dice en el "manifiesto Ordo de 1936", «la decisión política general sobre cómo ha de estructurarse la vida

constitucional. Vid. al respecto HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales, 1992 -2.ª ed.), pág. 79.

³¹ Puede ser que las reglas del juego económico se recojan en disposiciones infranconstitucionales. En este caso, tales reglas serán normas jurídicas, tendrán fuerza de obligar, pero no serán normas constitucionales. No existe una "Constitución económica *en sentido estricto*", integrada por las reglas básicas de la actividad económica privada recogidas en el texto constitucional, y una "Constitución económica *en sentido amplio*", integrada también por la regulación "infraconstitucional" básica de la actividad económica privada y pública (leyes que contienen la disciplina básica de la propiedad y el contrato, de la empresa, el mercado y la competencia, las relaciones laborales y la intervención económica de los poderes públicos). Insisto, no hay más normas económicas constitucionales que las expresamente formuladas en el texto constitucional (normas constitucionales explícitas) o las que puedan derivarse de la interpretación de aquellas (normas constitucionales implícitas).

³² El concepto de "Constitución económica", en su formulación inicial, era un concepto puramente económico, sin conexión alguna con el mundo del Derecho: era «sinónimo de "orden económico", "sistema económico" o "modelo económico"» [ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica*; ob. cit., pág. 182].

³³ EUCKEN, W.: *Cuestiones fundamentales de la Economía política* (Revista de Occidente, 1939), pág. 79.

económica de la nación»³⁴. La definición, que se inspira en la definición de Constitución política de Carl Schmitt, tiene un evidente significado material: la "constitución económica" (*Wirtschaftsverfassung*) es una constitución material, que consagra un sistema económico determinado, y que puede plasmarse formalmente en una constitución formal (en una Ley Fundamental – *Grundgesetz*)³⁵ o en normas infraconstitucionales, «porque una "decisión política general" puede tomar varias formas entre las fuentes jurídicas disponibles»³⁶. Y el sistema económico al que se refiere esa decisión fundamental es la "economía social de mercado": una corrección de la economía de mercado del liberalismo del "laissez-faire", que pone el acento en la defensa de la competencia para asegurar el funcionamiento eficaz del mercado, y que legitima la intervención pública, mediante la política económica -para hacer frente a las oscilaciones coyunturales de la economía (especialmente a través de la política monetaria)-, y mediante cierta política social -porque el mercado no considera los aspectos sociales-; bien entendido que la intervención pública está legitimada sólo si es *conforme a mercado*, si no altera el funcionamiento de éste³⁷.

Tras la aprobación de la *Grundgesetz* se originó un intenso debate doctrinal acerca de si aquella contenía una *Wirtschaftsverfassung*, debate alimentado por una circunstancia elemental: la Ley Fundamental no dedica ningún capítulo expresamente a la ordenación de la economía, ni consagra

³⁴ La cita la tomo de BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, ob. cit., pág. 59.

³⁵ Se habla así de la *Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes*, la "constitución económica" de la "Constitución".

³⁶ BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*; ob. cit., pág. 59.

³⁷ Por ejemplo, no es *conforme a mercado* la fijación estatal, bien de salarios mínimos para proteger a los más débiles socialmente, bien de precios máximos para los bienes básicos de consumo, bien de precios mínimos para proteger a los productores socialmente más débiles. Una exposición sintética de las condiciones para el funcionamiento de la "economía social de mercado" se puede ver en la conferencia pronunciada por Ernst DÜRR, en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a invitación de la Fundación Universidad-Empresa, el 23 de septiembre de 1976 (recogida en *Forum Universidad-Empresa*, Madrid, 1976). Vid. también GARCIA ECHEVARRIA, S.: "El orden económico en la Constitución", en *La Constitución a examen*, Libre Empresa, año II, n.º 8 (septiembre-octubre 1978), págs. 28 a 31.

explícitamente sistema económico alguno³⁸. En un polo del debate se situarán quienes, como NIPPERDEY³⁹, sostendrán que la *Grundgesetz* consagra un sistema económico determinado, la “economía social de mercado”, que se erige en parámetro de validez de las intervenciones públicas en la economía, sólo admisibles si se adoptan *conforme a mercado*. En el polo opuesto se situarán los neutralistas, como KRÜGER⁴⁰, quienes, como reacción a la interpretación anterior, no sólo impugnarán que exista una sola política económica posible (la política *conforme a mercado*), sino también el que exista un sistema económico garantizado por la Constitución: la *Grundgesetz* no se ha decantado por ningún sistema económico concreto ni por una política económica determinada.

La polémica llegará al Tribunal Constitucional Federal, que se decantará por la tesis neutralista: en la famosa sentencia de 20 de julio de 1954 (sobre la inconstitucionalidad de la ley de ayuda a la inversión)⁴¹, niega que la Ley Fundamental garantice una “economía social de mercado”, dirigida exclusivamente con medios adoptados *conforme a mercado*; muy al contrario, proclama su neutralidad político-económica, entendida en el sentido de que el poder constituyente no se decidió por un determinado sistema económico, lo que posibilita al legislador perseguir en cada momento la política económica a su juicio más adecuada, pero siempre respetando la Ley Fundamental y, en particular, los derechos fundamentales. Mediante la tesis neutralista, que ha

38 Como dice PAPIER, citando a MANGOLDT, «los debates del *Parlamentarischer Rat* (Consejo Parlamentario) estuvieron presididos por la idea de que sólo debían ser recogidos en el texto constitucional los derechos fundamentales clásicos, mientras que la regulación de las cuestiones sociales habría de confiarse al futuro [...]. El constituyente concibió la Ley Fundamental como un texto provisional. La determinación constitucional del orden económico y social del pueblo alemán debía quedar reservada a una futura constitución para todos los alemanes» (PAPIER, H.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional* (Marcial Pons, 2001, -2.ª edición en castellano), pág. 563.

39 Vid. NIPPERDEY, H.C.: *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 1965 (3.ª ed.).

40 Para Krüger, toda Constitución democrática debería ser neutral en materia económica, porque la democracia descansa en el relativismo y, por tanto, no puede imponer decisiones valorativas, y menos en asuntos tan cambiantes como los económicos: vid. su artículo “Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung”, en *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, 1971, págs. 125 y ss.

41 BverfGE, 4, 7.

sido confirmada por sentencias posteriores⁴², el Tribunal Constitucional Federal cierra el paso al intento de deducir de la Ley Fundamental la garantía de un sistema económico determinado, la "economía social de mercado", que imponga al Estado una determinada política económica (*conforme a mercado*); de hecho, al enjuiciar las medidas de política económica, nunca ha tomado como parámetro de adecuación de tales medidas la "economía social de mercado". En definitiva, queda claro que para el Tribunal Constitucional Federal, la *Grundgesetz* (Constitución formal) no garantiza la *Wirtschaftsverfassung* (la constitución económica material) a la que se refieren los ordoliberales.

Los ecos de la polémica doctrinal alemana y de la posición del Tribunal Constitucional Federal Alemán llegarán a España, donde se suscitará un animado debate que, como se ha dicho ya, sigue los mismos derroteros que en Alemania. La traslación de la polémica alemana a nuestro país no deja de tener un punto de artificiosa, si se repara en un dato fundamental: nuestra Constitución sí contiene una proclamación expresa sobre el sistema económico —en el artículo 38—, amén de una regulación completa de la intervención pública en la economía —en el capítulo 3 del título I y en el título VII, fundamentalmente—, algo que falta en la *Grundgesetz* y que quizá sea la causa del debate doctrinal habido en Alemania. Creo que es hora ya de cerrar este debate entre nosotros. En efecto, si nos preguntamos si nuestra Carta Magna consagra un sistema económico, la respuesta es positiva: el artículo 38 proclama expresamente como sistema económico el de *economía de mercado*; si nos preguntamos si esa proclamación impone a los poderes públicos una sola política económica posible —la política *conforme a mercado*—, la respuesta es negativa: nuestra Constitución permite diversas políticas económicas (*pro*, *extra* e incluso *contra* mercado), dentro de ciertos límites. En definitiva, en lo económico nuestra Constitución no es neutral, porque se decanta por un sistema económico determinado, la *economía de mercado*,

⁴² Como la sentencia de 1 de marzo de 1979 (sobre la cogestión), en la que se dice taxativamente que la Ley Fundamental no contiene determinación o garantía de modelo económico alguno, sino que encomienda el régimen económico al legislador, que decide libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental, sin precisar para ello de mayor fundamento que su genérica legitimación democrática (BverfGE, 50, 290, 337).

pero no es una Constitución militante en la defensa del sistema proclamado, porque no se decanta por una política económica determinada, sino que admite todas las políticas económicas que no desnaturalicen, ni el sistema económico proclamado, ni el tipo de Estado proclamado (el Estado Social).

Sobre los límites a las políticas económicas que posibilita la Constitución se volverá⁴³. Aquí sólo dejo constancia de que la noción de "constitución económica", en su significado *prescriptivo fuerte*, esto es, en cuanto decisión fundamental no sólo sobre el sistema económico sino sobre la política económica, no tiene cabida en nuestro orden constitucional, que no impone políticas económicas concretas, sino que admite tantas cuantas sean posibles dentro de los límites que impone ese orden. Y, en su significado *prescriptivo débil*, esto es, en cuanto decisión fundamental sólo sobre el sistema económico, pierde todo su sentido en una Constitución como la nuestra, que *expresamente* contiene una decisión fundamental al respecto, cosa que no ocurre en Alemania.

En la actualidad, la expresión se utiliza más comúnmente con un significado puramente descriptivo. En sentido descriptivo, la expresión "Constitución Económica" alude al conjunto de normas que la Constitución destina a la economía. Este es el sentido que viene a dar a la noción nuestro Tribunal Constitucional, cuando dice: «En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias *normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica*; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal.» (STC 1/1982, de 28 de enero, f.º 1 –la cursiva es mía)⁴⁴. Esta visión del concepto de Constitución económica es

⁴³ A la garantía del sistema económico dedico el capítulo siguiente. A la garantía del Estado Social, el último apartado del último capítulo.

⁴⁴ La sentencia calca la definición que tres años antes aparece en un texto de uno de los magistrados que la dicta, que no es otro que Manuel GARCIA-PELAYO, por entonces Presidente del Tribunal Constitucional: para el autor, las normas de la constitución económica «sirven de parámetros jurídicos básicos par la acción de los actores económicos públicos y privados y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulación y garantías

la que se recoge en la ya conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 20 de julio de 1954⁴⁵.

Esta aséptica definición descarga al concepto de "Constitución económica" de cualquier sentido prescriptivo, de cualquier exigencia de decantación por un sistema económico concreto, pero ello al precio de su inutilidad. Tiene razón ALBERTI ROVIRA cuando dice que esta noción, en la medida en que «no remite a un determinado modelo económico, juridificándolo al máximo nivel [...] pierde en realidad toda la sustancia, y en nada se separa o distingue del de Constitución»; y añade: «Con el mismo criterio podría hablarse de una "Constitución territorial", de una "Constitución lingüística", de una "Constitución social". "cultural", "educativa", "judicial", "laboral", "sanitaria", "tributaria", y tantas otras, sin que ello fuera más que una mera licencia literaria que, con gran efecto plástico, compartimenta de forma convencional el todo que es la Constitución para facilitar pedagógicamente el análisis o la explicación de alguna de sus partes o de alguna de las diversas materias y ramas del Derecho que tienen en la Constitución sus normas de cabecera, su disciplina jurídica básica y primaria»⁴⁶.

En verdad, Constitución sólo hay una, que es la norma básica del ordenamiento, y a la que no es ajena hoy ningún sector de la realidad, tampoco el económico. Decir que hay una "Constitución económica", con significado puramente descriptivo, tiene sólo valor didáctico, y utilizar la expresión, sin más explicación, implica el riesgo de confusión con la concepción prescriptiva, que no tiene cabida entre nosotros. Si lo que se pretende es denominar de alguna forma el conjunto de disposiciones constitucionales sobre "lo económico", hay que buscar otra expresión menos conflictiva. Me decanto por la denominación "Orden constitucional

más rigurosas» [Vid. GARCIA-PELAYO, M: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución»; en RAMÍREZ, M: *Estudios sobre la Constitución española de 1978* (Libros Pórtico, 1979), pág. 31].

⁴⁵ En la que se dice que la "Constitución económica" es el conjunto de normas de la Ley Fundamental que hacen referencia al proceso económico o a la economía.

⁴⁶ ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica*; ob. cit., pág. 192.

económico"⁴⁷, por dos razones: porque la palabra "Orden" refleja adecuadamente la idea de un conjunto articulado de disposiciones dotado de sentido (o al que hay que buscar sentido), y porque el adjetivo "constitucional" pone de relieve que, aunque la materia económica no sólo se regula en la Constitución, sólo lo que se recoge en ella es materia económica constitucional.

3. LOS ENUNCIADOS ECONÓMICOS DE LA CONSTITUCIÓN Y SU ORDENACIÓN.

3.1. Introducción.

No hubo consenso ideológico sobre lo económico entre las fuerzas políticas que alumbraron la Constitución. Hubo más bien transacción: cada uno de los grupos políticos significativos aportó algo de su programa económico a cambio de transigir con algo de los programas económicos contrarios⁴⁸. Este consenso de intereses se refleja en el texto constitucional, en donde se encuentran enunciados aparentemente contradictorios y de difícil conciliación. Por ejemplo, el artículo 33 proclama el derecho de propiedad, pero al mismo tiempo subordina su contenido a la función social que lo delimita (en el mismo artículo) y su ejercicio concreto a la compatibilidad con el interés general (art. 128.1); siendo así que el alcance jurídico de esa función social y de ese interés general suscita mucha incertidumbre. A su vez, el artículo 38 proclama la

⁴⁷ La expresión la tomo prestada de ARAGON REYES, que la prefiere a la de "orden público económico", porque esta noción, «construida como un concepto jurídico indeterminado y en gran parte deudora de la ausencia o de la precaria implantación, en épocas pasadas, de la Constitución como norma jurídica, o incluso de la escasa presencia en la misma Constitución de normas sobre la economía, parece que puede ser sustituida en los ordenamientos del presente, y desde luego en el español, por la noción más correcta de "orden constitucional económico"»; vid. ARAGON REYES, M.: *Libertades económicas y Estado Social*, ob. cit., pág. 9).

⁴⁸ Los programas económicos presentados a la ponencia constitucional por los principales partidos en DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, ob. cit., págs. 329 y ss..

libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, pero sujeta dicha libertad a las exigencias de la planificación (art. 131) al tiempo que habilita al legislador a sustraer a la iniciativa privada recursos o servicios esenciales (art. 128.2); también sobre el alcance jurídico de estas técnicas planea una notable incertidumbre.

Se comprende que todos los grupos políticos relevantes, con la excepción de AP, vieran reflejados en el momento de aprobarse la Constitución los modelos económicos que propugnaba: para la UCD, el texto constitucional consagraba un capitalismo *socialmente orientado*; la izquierda (PSOE y PCE), sin negar que la Carta Magna partía del capitalismo, entendía que en su articulado había los instrumentos necesarios para transformar el sistema económico en otro de corte socialista. Se comprende también que, entre los juristas, se suscitara tempranamente interpretaciones encontradas sobre el significado último de las cláusulas económicas constitucionales (muchas de ellas de carácter más ideológico que jurídico). Se comprende, por último, lo que dijera el profesor VELARDE FUENTES al diario *Ya* el 27 de mayo de 1978: el texto del proyecto de la nueva Constitución «es un caos visto por un economista»⁴⁹.

No se puede ocultar que las disposiciones económicas constitucionales forman una amalgama un tanto caótica. Caos al que es preciso encontrar un sentido, porque si bien es cierto que nuestra Constitución es en lo económico una Constitución abierta, no por ello está desprovista de fuerza jurídica. Se trata ahora de ordenar esa amalgama, de construir un «orden económico constitucional», y lo haré sobre estos pilares: la decisión constitucional sobre el sistema económico (la economía de mercado) y las decisiones constitucionales sobre el tipo de Estado con relevancia económica (el Estado Social y Autónomo).

3.2. Los enunciados sobre el sistema económico.

⁴⁹ La cita de Velarde en DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 55.

La Constitución ha tomado una decisión sobre el sistema económico: ha consagrado la economía de mercado en el artículo 38. La defensa constitucional del sistema económico se despliega en dos vertientes, general y particular. La vertiente **general** se concreta en la protección de la "economía de mercado", en los términos que veremos más adelante. La vertiente **particular** se concreta en normas que protegen a los *empresarios*. También hay en la Constitución normas que protegen a los demás actores económicos privados del sistema económico (*trabajadores y consumidores*); las traemos a colación aquí por razones sistemáticas, aunque son más bien una proyección del Estado Social.

Los *empresarios* están protegidos por normas que les reconocen derechos fundamentales:

- En primer lugar, por dos normas que miran directamente a la preservación de la iniciativa económica privada: las de los artículos 33 (derecho de propiedad) y 38 (libertad de empresa). El primero asegura a aquellos el acceso a la propiedad de los medios de producción⁵⁰, el segundo la posibilidad de ejercer actividades económicas privadas organizadas bajo la forma de empresa. La calificación como "fundamentales" de estos derechos tiene las consecuencias que prevé el artículo 53.1 CE: reserva de ley en la «regulación de su ejercicio» y respeto por la ley de su «contenido esencial». Repárese, por lo demás, en que ni el derecho de propiedad ni la libertad de empresa gozan del *plus* de protección procesal a que se refiere el artículo 53.2 CE. Repárese también en que se trata de derechos muy condicionados a su compatibilidad con el interés general: en lo que respecta al derecho de propiedad, en el propio artículo 33 se dispone que la ley delimitará su contenido de acuerdo con su función social, y en el artículo 128.1 se subordina toda la riqueza del país (pública o privada) al interés general; en lo que respecta a la libertad de empresa, en el mismo artículo 38 se dice que la protección de su ejercicio ha de hacerse «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

⁵⁰ Sobre el concepto "medios de producción", vid. *supra*, capítulo I, apartado 3.4.2.A.

- En segundo lugar, relacionados con estos dos derechos principales hay otros derechos fundamentales que son un necesario acompañamiento de la actividad empresarial: la libertad de circulación y residencia (art. 19), el derecho de asociación (art. 22), la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1) o el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2).

En lo que respecta a los *trabajadores*, conviene distinguir:

- En primer lugar, y en cuanto tales trabajadores, tienen una serie de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución: como derechos de *ejercicio individual* se encuentran los del artículo 35.1 (derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia); como derechos de *ejercicio colectivo* tienen los de los artículos 28 (libertad de sindicación y derecho de huelga)⁵¹ y 37 (derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo). Todos ellos son fundamentales y algunos (los del artículo 28) gozan del *plus* de protección procesal ex artículo 53.2.

- En segundo lugar, como ciudadanos que son, gozan de todos los demás derechos fundamentales que les reconoce la Constitución, pero su dependencia del empresario implica su modulación en el seno de la relación laboral, aunque no su eliminación. Sobre este asunto se tratará en el capítulo IX.

- En tercer y último lugar, el artículo 40.2 (dentro ya del capítulo III del título I –principios rectores de la política social y económica) asigna a los poderes públicos la tarea de poner en marcha determinadas políticas públicas en

⁵¹ Obviamente, ambos derechos tienen también una dimensión de *ejercicio individual*: en lo que respecta a la libertad sindical, el derecho a afiliarse o a no afiliarse a los sindicatos; en lo que respecta al derecho de huelga, el derecho a adherirse o a no adherirse a la huelga. Esta última dimensión individual de la huelga es predicable de toda medida de conflicto colectivo ex art. 37 CE.

beneficio de los trabajadores, a fin de garantizar la «formación y readaptación profesionales», «la seguridad e higiene en el trabajo» y «el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados». La eficacia jurídica de esta norma finalista se analiza inmediatamente; debe quedar claro, en todo caso, que de este artículo no nacen inmediatamente derechos (constitucionales o fundamentales) que se impongan al legislador y que puedan invocarse *contra* y *extra legem*, por la sencilla razón de que los principios del capítulo III del título I «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»: su creación como verdaderos derechos subjetivos queda al albur del legislador. Fuera del capítulo III se encuentra también una norma finalista en conexión directa con los trabajadores: en el artículo 129.2 se dispone, entre otras cosas, que los poderes públicos «establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción».

En lo que respecta a los *consumidores*, la misma conclusión cabe extraer de la lectura del artículo 51, incluido, al igual que el artículo 40.2, dentro del capítulo III del título I. A diferencia de los empresarios y los trabajadores, los consumidores carecen de derechos fundamentales como tales consumidores, pues la Constitución se ha limitado a hacer una llamada a los poderes públicos para que garanticen «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos adecuados, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos» (apartado 1), y para que promuevan «la información y educación de los consumidores» y fomenten «sus organizaciones»; será el legislador el que, en su caso, constituirá los correspondientes derechos (legales) en favor de los consumidores y de sus organizaciones. El artículo 51 se completa con un doble mandato concreto al legislador (una reserva de ley), para que regule la audiencia de las organizaciones de consumidores «en las cuestiones que puedan afectar a aquellos [los consumidores] (apartado 2), así como para que regule «el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales» con la mirada puesta en la protección de los consumidores (apartado 3).

3.3. Los enunciados sobre la naturaleza del Estado con relevancia económica.

Es ya un tópico decir que en los dos primeros artículos de la Constitución se contienen sus "decisiones políticas fundamentales" (en expresión conocidísima de SCHMITT). Junto con las relativas al titular de la soberanía (art. 1.2) y a la forma de gobierno y la Jefatura del Estado (art. 1.3), se encuentran en estos dos artículos las decisiones fundamentales sobre la naturaleza del Estado: en el apartado 1 del artículo 1, que define al Estado español como Estado *Social y democrático de Derecho*; y en el artículo 2, que —desde una perspectiva territorial— lo consagra como Estado descentralizado políticamente, pero sin darle una denominación específica, aunque se le conoce comúnmente como "Estado autonómico" o "Estado de las "autonomías".

De las cláusulas constitucionales definitorias del Estado español interesan aquí dos, por su especial incidencia económica: la cláusula de Estado Social, porque habilita al Estado (a los poderes públicos) para adoptar un papel protagonista en el terreno económico; y la de Estado *Autonómico*, porque de ella se deriva un determinado reparto de competencias económicas entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas. Ello no supone negar proyección económica tanto al "Estado de Derecho" como al "Estado Democrático", cláusulas que sin duda irradian sus efectos sobre toda la realidad, incluida la económica; pero lo cierto es que dichas cláusulas, aunque se proyectan inevitablemente sobre lo económico, no se proyectan *específicamente* sobre lo económico, a diferencia de la cláusula de "Estado Social"⁵². Tampoco conviene pasar por alto que el "Estado Social" no puede

⁵² De la cláusula "Estado Democrático" parece derivarse alguna concreción constitucional específica sobre lo económico: la participación de organizaciones sociales en la planificación estatal ex art. 131 CE (manifestación de lo que se ha dado en llamar democracia *económica*) y la posibilidad de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa e, incluso en la propiedad de los medios de producción, ex art. 129.2 (manifestación de lo que se ha dado en llamar democracia *empresarial*). Sin embargo, estos dos preceptos son más bien concreción del Estado Social, que «tiene como supuesto la democracia política, pero se caracteriza, además, por su tendencia hacia la instauración de la democracia social»; vid. GARCIA PELAYO, M.: «El Estado Social y sus implicaciones»; en *Obras completas* (Centro de Estudios Constitucionales, 1991), vol. II, pág. 1622.

entenderse desconectado de las otras dos piezas que integran la fórmula del artículo 1.1. CE: la noción "Estado Social y Democrático de Derecho" no es una simple yuxtaposición de componentes, sino un todo articulado en el que cada uno de los componentes es a la vez limitado y ampliado por los otros⁵³. Pero, hecha esta salvedad, hay que decir que el "Estado Social" tiene un contenido propio, ligado a la intervención pública en la actividad económica y social, y es este contenido el que merece aquí nuestra atención.

3.3.1. El Estado Social.

3.3.1.1. "Excursus".

Es harto conocido que la expresión "Estado Social" remite a un profundo cambio en el Estado de Derecho, que se inicia en el último tercio del siglo XIX, que se consolida a lo largo del siglo XX, y que se produce en paralelo a la cristalización del "Estado Democrático". Estudiar con detalle este cambio excede con mucho del objeto de esta tesis⁵⁴. En lo que aquí interesa, basta con señalar que el Estado Social no implica tanto un cambio en la naturaleza del Estado⁵⁵ como en sus funciones: como apunta certeramente ARAGON

⁵³ En particular, el Estado Social es limitado por el Estado Democrático de Derecho en la medida en que aquél «no podrá desarrollarse ni autoritaria ni arbitrariamente, sino por métodos democráticos y sometido a la disciplina del Derecho»; y es ampliado por el Estado Democrático de Derecho: por una parte, «el principio democrático es garantía de que los intereses sociales sean atendidos por la legislación y las políticas gubernamentales en proporción a su menor o mayor presencia en la sociedad» y, por otra parte, «su vinculación al Estado de Derecho asegura [...] la realización ordenada de los valores sociales y garantiza su respeto frente a posibles actos arbitrarios de los poderes públicos». Vid. GARCIA PELAYO, M.: «El Estado Social y Democrático de Derecho en la Constitución española», en *Obras Completas*, vol. II, ob. cit., pág. 1664.

⁵⁴ Para una exposición de conjunto, en español, lo recomendable es remitirse a GARCIA-PELAYO y su trabajo «El Estado Social y sus implicaciones», antes citado, recogido en su libro *Las transformaciones del Estado Contemporáneo* (Alianza editorial, 1977), págs. 13 a 82. y en sus *Obras completas*, vol. II, ob. cit., págs. 1593 a 1654.

⁵⁵ Aunque obviamente ha tenido consecuencias estructurales, cuanto menos —y esto también es harto conocido— porque ha desplazado el centro de gravedad de las decisiones desde el legislativo al Ejecutivo (al complejo Gobierno-Administración): como dice GARCIA-PELAYO, «la función capital del Estado no es sólo legislar, sino, ante todo, actuar y, por consiguiente, el *locus* de la decisión se traslada a las

REYES, «el Estado social no supone modificación alguna respecto de la organización del poder típica del Estado Constitucional democrático de Derecho», esto es, «no afecta a la estructura de éste sino a sus fines», «no significa un modo de "ser" del Estado, sino una manera de "actuar"»⁵⁶. Supone la asunción de nuevas tareas, que se añaden a las tradicionales (orden público, defensa, relaciones exteriores ...), y que van desde la famosa "procura existencial" (la procura de servicios esenciales y prestaciones que garanticen a los ciudadanos un nivel mínimo de bienestar)⁵⁷ a la intervención (y no sólo tutela) de la actividad económica privada, dentro del marco de una economía de mercado. El Estado Social no sólo es un Estado de *prestaciones* en el terreno social, sino también un Estado *manager* en el terreno económico⁵⁸. En definitiva, la actividad del Estado Social adquiere un carácter global: de la no-intervención o intervención puntual en el terreno económico y social se pasa a la intervención generalizada; en palabras del propio GARCIA-PELAYO, «lo que podríamos denominar política social y económica factorial, es decir, compuesta

instancias que por su estructura están en capacidad de actuar y, concretamente, del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas» [GARCIA-PELAYO, M.: «El Estado Social y sus implicaciones»; en *Obras completas*, vol. II; ob. cit., pág. 1613]. Nuestra Constitución se hace eco de este desplazamiento cuando atribuye al Ejecutivo –y no al Legislativo– la *dirección* de la política (artículo 97).

⁵⁶ ARAGON REYES, M.: «Los problemas del Estado Social»; en *Libertades económicas y Estado Social*, ob. cit., págs. 123, y 124. Añade el autor que del principio de Estado Social «no cabe derivar exigencias organizativas, sino el cumplimiento de fines», esto es, «no impone, por sí mismo, el establecimiento de órganos determinados ni exige modalidades específicas de composición y funcionamiento de los órganos públicos; sólo se trata de un principio orientador de la acción del Estado. Indica que la acción pública (ejercitable en virtud de cualquiera de los títulos expresos atributivos de competencias que la Constitución contiene) debe estar encaminada a la reducción de la desigualdad social» (págs. 126-127).

⁵⁷ Sobre la idea de "procura existencial", fórmula acuñada por Forsthoff, véase el excelente y conocidísimo resumen de GARCIA-PELAYO en las Obras Completas arriba citadas (en concreto, en las páginas 1604 y 1605).

⁵⁸ Las expresiones están tomadas de la obra de GARCIA-PELAYO, antes citada. También alude el autor a la condición del Estado Social como Estado *distribuidor*, que procura una distribución justa de lo producido, a través de la política fiscal y a través de prestaciones a los ciudadanos, especialmente a los más desfavorecidos. Como se ve, Estado *distribuidor*, Estado *manager* y Estado *de prestaciones* se solapan: el objetivo económico de la distribución justa de la riqueza (Estado *distribuidor*) se instrumenta a través de la política fiscal (Estado *manager*) y a través de prestaciones (Estado *prestacional*).

por una pluralidad de medidas desconexas e independientes entre sí, se ha transformado en una política socioeconómica sistemática»⁵⁹.

Es también harto conocido que el constituyente español importó la cláusula "Estado Social" de la Ley Fundamental de Bonn (artículos 20 y 28). No interesa aquí tampoco analizar el debate doctrinal habido en Alemania en torno a la eficacia jurídica del Estado Social, debate que en parte nos es ajeno porque está lastrado por la falta de desarrollo normativo de la expresión en la *Grundgesetz*, desarrollo que sí existe en nuestra Constitución⁶⁰. Esta es una diferencia crucial, que hace que pierda importancia entre nosotros el problema de buscar a la cláusula social del artículo 1.1 un contenido y una eficacia jurídica aisladas: el "Estado Social" tiene en todo caso el contenido y la eficacia jurídica de los preceptos en los que se concreta. Pero, ¿cuáles son esos preceptos constitucionales en los que se concreta? La respuesta a esta cuestión depende del significado que se dé al adjetivo "Social" que acompaña a la palabra "Estado", cosa que no es fácil, porque, como advierte el propio ARAGON REYES, lo que caracteriza al Estado Social, desde el punto de vista terminológico, no es tanto la definición como la indefinición: «Sabemos qué es el Estado liberal (al menos como tipo ideal), identificado por el no intervencionismo en las relaciones sociales, dejadas al libre juego de la autonomía individual, o, en otras palabras, del mercado», pero «no tenemos una definición clara de lo qué es el Estado Social, porque no basta con decir que se trata del Estado que, mediante la intervención en los procesos sociales, realiza el cometido de la "procura existencial"»; ello es demasiado vago: «¿cuál es el ámbito de la "procura existencial"?, ¿ha de cubrir todas las necesidades materiales y espirituales de los ciudadanos?; en fin, «la vaguedad

⁵⁹ GARCIA-PELAYO, M.: «El Estado Social y sus implicaciones»; en *Obras completas*, ob. cit., pág. 1599.

⁶⁰ Sobre el debate habido en Alemania, vid. el resumen de PAREJO ALFONSO en *Estado Social y Administración Pública* (Civitas, 1983), págs. 31 a 60. Vid. también PEREZ ROYO, J: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social», 10 *Revista Española de Derecho Constitucional* (enero.-abril 1984), en particular, págs. 159 a 167.

de esta caracterización no permite una identificación precisa del Estado Social como forma política concreta»⁶¹.

Es necesario acotar la expresión: "Estado Social" no es sólo el que interviene en las relaciones económicas y sociales, sino el que interviene guiado por algún criterio. Este criterio parece concretarse en nuestra Constitución en el artículo 9.2, situado, como el artículo 1.1, en el Título Preliminar y, por tanto, dotado de superrigidez, lo que habla la importancia que el constituyente ha querido darle. El artículo 9.2 es una guía básica para la actuación de los poderes públicos, que ha de orientarse en una determinada dirección: asegurar la libertad e igualdad *reales y efectivas*, toda vez que las meramente formales las asegura el Estado de Derecho⁶². Conectado a la determinación de este artículo, el adjetivo "Social" parece aclararse en nuestra Constitución: el Estado Social es –qué duda cabe– un Estado intervencionista, pero que interviene en pro de un objetivo determinado, procurar una mayor igualdad social. *Cuándo y cómo* hay que lograr este objetivo es algo que corresponde determinar a los poderes públicos, si bien nuestra Constitución dice bastante en lo que se refiere al *cómo*, porque la cláusula de "Estado Social" está desarrollada en el texto constitucional, fundamentalmente en el capítulo III del título I, en donde se recogen los «principios rectores de la política social y económica», y en el título VII, que se ocupa de la «Economía y Hacienda» (específicamente los artículos 128 a 131, que son los que se refieren a la economía privada).

Sin duda, la estrella polar que guía el Estado Social es la igualdad real, pero conviene matizar esta afirmación en el terreno económico, que es el que aquí interesa. El Estado Social es, por supuesto, un Estado de *prestaciones*, y la actividad prestacional es un instrumento básico al servicio de la igualdad

⁶¹ ARAGON REYES, M.: «Los problemas del Estado Social»; en *Libertades económicas y Estado Social*, ob. cit., págs. 121 y 122.

⁶² Asegurar la libertad real es poner las condiciones materiales y remover los obstáculos materiales que dificultan su ejercicio igual por todos; esto es, supone asegurar la igualdad real de oportunidades, por lo que la idea de libertad *real* puede subsumirse en sentido amplio en la de igualdad *real*. El precepto también alude al fomento de «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». La referencia a la participación en la vida económica y social remite

real (aunque no el único –también está la política fiscal redistributiva), pero también es un Estado *manager*, que dirige la actividad económica privada y no siempre guiado por la búsqueda de la igualdad real, aunque sí en pro del bienestar general. Esta función de timonel es propia del Estado intervencionista de nuestro tiempo, una vez que (casi) todos admiten que la celebre mano invisible no basta para asegurar un correcto funcionamiento de la economía y, por ende, el bienestar general.

Lo que quiero significar es que la dirección pública de la economía forma parte del contenido del Estado Social –es consustancial a él–, pero los objetivos inmediatos que persigue aquella pueden ser otros que no sean la búsqueda de la igualdad real. Los poderes públicos pueden poner la política económica⁶³ al servicio de la equidad distributiva, pero también al servicio de cualquier otro objetivo dirigido a apuntalar el sistema económico, en la creencia de que su eficaz funcionamiento es garantía de bienestar económico general: la intervención pública dirigida a corregir los problemas de eficiencia del mercado, o la dirigida a asegurar un crecimiento económico estable, son intervenciones públicas, sólo que de naturaleza distinta a la de una intervención *pro* equidad distributiva. Todas las políticas económicas han de servir al interés general, pero los caminos para alcanzarlo varían según quien lleve el timón de la política económica en cada momento.

a la llamada democracia social, cuyas formas básicas son la democracia económica y la democracia empresarial: vid. *supra*, nota 56.

⁶³ En sentido amplio, la expresión “política económica” alude a la intervención deliberada de los poderes públicos en la actividad económica para conseguir ciertos objetivos mediante la utilización de determinados instrumentos. Desde una perspectiva funcional, se distingue entre política económica de *ordenación* y política económica de *proceso*. A través de la política de *ordenación*, los poderes públicos se limitan a establecer y garantizar el marco institucional dentro del cual operan los agentes económicos privados. A través de la política de *proceso* (política económica *sensu stricto*), los poderes públicos intervienen (interfieren) en el proceso económico para corregir los problemas del sistema económico: los problemas de eficiencia (los genuinos fallos del mercado –vid *supra*, capítulo II, apartado 4.1), a través de una política *asignativa*; los problemas de equidad distributiva, a través de una política *redistributiva*, y los problemas de estabilidad económica, mediante una política de *estabilización*. Sobre esta cuestión, vid. JORDAN GANDULF, J. y ANTUÑANO MARURI, I. (coord.): *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos* (Tirant lo Blanch, 2003); en especial, el capítulo 1 («Aspectos básicos de la política económica»).

El Estado Social es- sigue siendo- un Estado *manager*, pero la dirección de la economía puede estar guiada por objetivos de interés general que no se limiten a la persecución directa e inmediata de la igualdad real. Esta idea es clave para entender el programa económico y social de la Constitución. Porque, en efecto, la Constitución, que es *marco*, dentro del cual son posibles diversas políticas económicas y sociales (todas las que no se opongan a ella), ha querido ser también *directriz*, incorporando un programa económico y social. Este programa se contiene básicamente, como ya he dicho, en las normas del capítulo III del título I (titulado precisamente "De los principios rectores de la *política social y económica*") y del título VII. En estas normas se concretan objetivos de intervención pública (esencialmente en el capítulo III del título I) y técnicas de intervención pública (en el título VII). En lo que respecta al programa puramente económico, conviene advertir que, si bien todos los objetivos de intervención tienen su fundamento en el interés general, no todos ellos están directamente conectados a la persecución de la igualdad real: véase, por ejemplo, el artículo 40.1, en donde se alude a la estabilidad económica como marco de la persecución del progreso social y económico y de la distribución equitativa de la renta. Por su parte, las técnicas de intervención que el artículo 128 o el 131 ponen a disposición de los poderes públicos, si bien han de estar justificadas en razones de interés general, no tienen por que estarlo en razones de persecución de la igualdad real: a ello no obliga el constituyente.

En definitiva, no todas las normas constitucionales que se refieren al papel del Estado en la economía están directamente conectadas al artículo 9.2. y, por tanto, no todas son una genuina manifestación del Estado Social en sentido estricto. Sí se trata de normas que presuponen la interacción entre Estado y Sociedad, que atribuyen al Estado un papel estelar en la economía y que le reconocen importantes posibilidades de intervención. Por ello, aunque clasificaré todas esas normas bajo la rúbrica "Estado Social", soy consciente de que no todas ellas son emanación del Estado Social *en sentido estricto* –el guiado por la igualdad real-, sí del Estado intervencionista. Desde la perspectiva económica, el *Estado Social en sentido estricto* es una manifestación específica del *Estado intervencionista* y éste, con las debidas

cautelos, puede ser redennominado como *Estado Social en sentido amplio*⁶⁴, en cuanto que la intervencin pblica en la economa debe estar siempre orientada al inters general, al inters de la sociedad en su conjunto.

3.3.1.2. *Las normas constitucionales sobre el Estado Social (en sentido amplio)*

Las normas constitucionales referidas al papel del Estado en la economa privada y, en general, en la sociedad, pueden organizarse en torno a tres rubricas: normas finalistas, normas atributivas de competencias y otras normas. Veamos cada uno de estos grupos:

A. Normas finalistas.

Son normas que sealan o imponen objetivos a los poderes pblicos. Constituyen el grupo ms numeroso dentro de las dimanantes de la clausula de "Estado Social" y el grueso de las mismas se incardinan en el capitulo III del titulo I. Dentro del mismo encontramos:

- Normas que asignan a los poderes pblicos objetivos de poltica econmica *sensu stricto*: articulo 40.1 (progreso social y econmico, distribucin de la renta regional y personal ms equitativa, estabilidad econmica, pleno empleo).
- Normas relativas a la proteccin de grupos sociales: familia (art. 39), trabajadores (art. 40.2, ya citado), emigrantes (art. 42), juventud (art. 48), minusvlidos (art. 49), tercera edad (art. 50) y consumidores (art. 51, ya citado).

⁶⁴ El Estado *Social en sentido amplio* engloba necesariamente el Estado *Social en sentido estricto*: no hay Estado *Social en sentido amplio* sin intervencin *pro equidad distributiva*, aunque esta no agote toda la intervencin pblica en la economa.

- Normas relativas a la protección de bienes que se estiman constitucionalmente relevantes: seguridad social (art. 41), salud (art. 43), cultura (art. 44), medio ambiente (art. 45), patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46) y vivienda (art. 47).

Repárese en que dentro del capítulo III del título I se localizan normas no finalistas: por ejemplo, mandatos expresos de legislar (por ejemplo, para posibilitar la *investigación de la paternidad* -art 39.2) o garantías institucionales (la del artículo 41, que preserva un *régimen público de seguridad social* -STC 37/1994- o la del artículo 39.1, que protege el instituto de la *familia* -STC 116/1999). Repárese también en que fuera de ese capítulo se localizan normas finalistas de contenido económico: por ejemplo, la norma del artículo 38, que asigna a los poderes públicos la *defensa de la productividad*; la norma del artículo 130.1, que añade a los objetivos económicos del artículo 40.1 el de *modernización y desarrollo de todos los sectores económicos* (en particular la agricultura, la ganadería, la pesca y la artesanía), objetivo instrumental al servicio del objetivo final de *equiparar el nivel de vida de todos los españoles*, que se recoge de otra forma en el citado artículo 40.1; la norma del artículo 138.1, que incorpora el objetivo del *equilibrio económico interterritorial*, manifestación económica de la solidaridad interterritorial, y que puede configurarse también como un objetivo instrumental al servicio de la equidad distributiva; o la norma del artículo 131.1., que, en sede de planificación, reitera los objetivos económicos antes señalados (desarrollo económico sectorial y regional equilibrado y armonizado, crecimiento de la renta y de la riqueza y distribución justa de las mismas). Podría decirse que los objetivos macro-económicos que la Constitución asigna a los poderes públicos se resumen en cuatro: crecimiento (o progreso) económico (al servicio del cual está la defensa de la productividad), estabilidad económica, equidad distributiva (personal y territorial) y pleno empleo. Los dos primeros sirven al funcionamiento eficiente de la economía de mercado, los dos últimos sirven al logro del Estado Social en sentido estricto, siendo ambos pares potencialmente contradictorios: dar prioridad a los dos primeros objetivos

puede tener efectos negativos en la consecución de los dos segundos y viceversa⁶⁵.

¿Cuál es la eficacia jurídica de las normas finalistas? Responder adecuadamente a esta pregunta tropieza con la dificultad que comporta su peculiar estructura: una norma finalista no ordena –ni prohíbe– ninguna acción, sino sólo la consecución de un objetivo. Por ejemplo, el artículo 51.1 prescribe la consecución de un objetivo (que la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores se encuentren eficazmente protegidos), pero no determina cuáles son las acciones idóneas para conseguir ese objetivo, ni siquiera determina cuándo hay que alcanzarlo: el cómo y el cuando se deja en manos de los destinatarios de la norma, que son los poderes “públicos” (en primer lugar el legislador).

Esa peculiar estructura conduce a debilitar la eficacia jurídica negativa de estas normas (su condición de límite) y a potenciar su eficacia jurídica positiva (su condición de habilitación). En efecto, como límite a la acción (o inacción) de los poderes públicos, la eficacia jurídica de las normas finalistas es muy escasa. Desde luego, no nacen de ellas inmediatamente derechos subjetivos que puedan invocarse en juicio (respecto de las incluidas en el capítulo III del título I, lo prohíbe expresamente el artículo 53.3 CE; sobre ello no hay dudas en la jurisprudencia constitucional -SSTC 36/1991, 14/1992 o 199/1996); la creación de derechos subjetivos es algo que queda a la libre determinación del legislador; a lo sumo, como sugiere JIMÉNEZ CAMPO, las normas del capítulo III del título I que, anejas a normas programáticas, enuncian lo que califican de derechos («derecho» a la protección de la salud –art. 43.1-, al acceso a la cultura –art. 44.1-, a disfrutar de un medio ambiente adecuado –art. 45.1- o a una vivienda digna y adecuada –art. 47) imponen al legislador, «en su progresiva realización de la norma programática, la necesaria configuración de

⁶⁵ En realidad, como dice URRUTIA, «cualquier observador de la realidad económica admitirá que los objetivos macroeconómicos están interrelacionados, que esta interrelación varía con el ciclo y con la naturaleza de los *shocks* exógenos al sistema y que, por lo tanto, los buenos deseos constitucionales no pueden satisfacerse simultáneamente todo el tiempo» [URRUTIA, J. «Constitución y ciencia económica. Una nota a favor de la reforma constitucional»; en 20 *Claves de la razón práctica* (1992).

derechos subjetivos en el ámbito material sobre el que se proyecta aquella»⁶⁶. Por otra parte, como también dice JIMÉNEZ CAMPO, «ninguna norma de ley puede ser juzgada con arreglo a su grado de consecución o de apartamiento de los objetivos fijados en una norma programática»⁶⁷; las normas finalistas no permiten un enjuiciamiento de su grado de cumplimiento legislativo, porque los objetivos constitucionales han de ir alcanzándose a través de políticas, y las políticas no son susceptibles de control jurídico, entre otras cosas porque admiten diverso grado legítimo de cumplimiento; como advirtiera DE OTTO⁶⁸, si se pudiera enjuiciar la adecuación entre la ley y el objetivo prescrito, el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a lograr ese objetivo; a lo más a lo que podría llegar el Tribunal Constitucional sería a sancionar la infracción frontal del mandato finalista, declarando la inconstitucionalidad de una ley cuando resultara manifiestamente y claramente contraria al objetivo prescrito.

La eficacia jurídica de las normas finalistas es más positiva que negativa: como afirma el ya citado JIMÉNEZ CAMPO, las normas finalistas «son jurídicas, y relevantes en el juicio de constitucionalidad de la ley, porque confieren al legislador la capacidad de intervenir en determinados ámbitos sociales y económicos, también garantizados por la Constitución, y de introducir en ellos, para el cumplimiento de los objetivos que marcan, excepciones o limitaciones cuya legitimidad, de otro modo, podría ser objeto de controversia»⁶⁹. No son normas que atribuyan competencias concretas de intervención pública en la economía privada, pero sí permiten fundamentar constitucionalmente la creación de normas que atribuyan a los poderes públicos competencias o, si se prefiere, potestades de intervención en la economía privada que, de otra forma, podrían ser de problemática constitucional. Las normas finalistas son *razones constitucionales para la*

⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía* (Trotta, 1999), pág. 131.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 129.

⁶⁸ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Ariel, 1987), pág. 48.

⁶⁹ *Ibidem*, págs. 130 y 131.

actividad económica pública y razones constitucionales para la limitación de la actividad económica privada.

B. Normas de competencia.

La Constitución no se ha contentado con ofrecer razones (constitucionales) para la intervención pública en la economía privada. También ha proporcionado instrumentos (constitucionales) de intervención, en los artículos 128.2, segundo inciso, y 131. Frente a las normas finalistas –normas fundamentadoras de normas de competencia-, las normas contenidas en esos dos artículos son en sí mismas normas de competencia, en tanto atribuyen directamente a los poderes públicos competencias, esto es, la capacidad para producir actos jurídicos concretos⁷⁰: reservar al sector público recursos o servicios esenciales, intervenir empresas o planificar la actividad económica general. Y las competencias que atribuyen esas normas son de ejercicio facultativo («se podrá» -art.128.2 segundo inciso-; «podrá» -art. 131), lo que no obsta a su condición de “normas de competencia”: una cosa es atribuir una

⁷⁰ La concepción de “competencia” a la que me refiero no es la administrativista (que entiende la competencia en términos puramente públicos, orgánicos y funcionales –como conjunto de potestades conferidas por el ordenamiento jurídico a un órgano o ente público y cuyo ejercicio no satisface un interés propio de su titular, sino externo a él, el general o de la colectividad), sino la que se maneja en la teoría general del Derecho [entre nosotros, vid. FERRER BELTRÁN, J.: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000)] y en la teoría general de los derechos fundamentales [vid. ALEXY, R: *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, 1997), en particular, págs. 227-240]. Desde esta óptica, “competencia” es la capacidad de producir actos jurídicos válidos, atribuida por una norma, llamada por ello norma de competencia. Lo que caracteriza a la competencia no es la condición de sujeto público o privado de su titular, ni el interés (particular o general) que se pretende satisfacer: tan competencia es la de dictar sentencia (en manos de un sujeto público –el juez- que actúa para satisfacer un interés externo a él) como la de otorgar testamento (en manos de un particular que actúa en interés particular). Lo que caracteriza a la competencia es que no se posee por naturaleza: no se tiene capacidad natural para testar o para dictar sentencia, porque ni el testamento ni la sentencia son fenómenos naturales, sino creaciones del Derecho; la capacidad para otorgar testamento o para dictar sentencia sólo es posible si es creada por una norma jurídica, llamada norma de competencia. Es el carácter *institucional* del poder que confiere al sujeto lo que singulariza la norma de competencia. Por eso, las acciones que constituyen ejercicio de competencias son

competencia y otra cosa es regular el ejercicio de esa competencia como obligatorio (en cuyo caso la norma contiene también un mandato) o facultativo (en cuyo caso la norma contiene también un permiso)⁷¹. Dicho en términos más precisos, en el artículo 128.2 y en el artículo 131 hay normas de competencia articuladas como permisos.

No es ahora el momento para analizar estos dos artículos, que serán estudiados al tratar el contenido de la libertad de empresa (capítulo VII). Sí procede anticipar la distinta incidencia que tienen sobre la libertad de empresa las competencias permitidas en aquellos: por una parte, las "reservas de recursos o servicios esenciales" y las "intervenciones de empresas", por otra, la "planificación de la actividad económica general". Las primeras son técnicas muy agresivas, cuyo ejercicio supone *necesariamente* el sacrificio de la iniciativa económica privada, ya sea en relación con un conjunto de bienes o actividades económicas (las reservas), o en relación con una o varias empresas concretas (las intervenciones de empresas). Su incorporación a la Constitución permite sortear el obstáculo que supone el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa: el contenido esencial es resistente a la ley, pero no a la Constitución misma. Por el contrario, la planificación (de la actividad económica general)⁷² ha de respetar dicho contenido esencial, porque, como ha declarado el Tribunal Constitucional, libertad de empresa y planificación han de ser compatibles (STC 37/1981, f.º 2, párrafo 6.º).

Por lo demás, la incorporación a la Constitución de las normas contenidas en los artículos citados cumple una función elemental: dotar de validez

acciones *institucionales*, que son realizadas no sobre la base de capacidades naturales sino en virtud de reglas constitutivas de competencia.

⁷¹ Siguiendo con el ejemplo de la nota anterior, tan competencia es la de otorgar testamento, que es competencia de ejercicio facultativo, como la de dictar una sentencia (o, más precisamente, una resolución que ponga fin al proceso), que es obligatoria para el juez. Ello frente a la concepción administrativista, que entiende la competencia como de ejercicio obligatorio e irrenunciable.

⁷² Desde una perspectiva funcional, la planificación del artículo 131 se proyecta sobre toda la economía y no sobre sectores concretos: se trata de «una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica» (STC 29/1986); la planificación sectorial cae fuera del ámbito de este precepto. Ello también significa, desde una perspectiva territorial, que la planificación del artículo 131 es una planificación nacional, esto es, debe abarcar a toda la actividad desarrollada en el territorio nacional. Sobre todo esto se volverá en el capítulo VII.

(constitucional) a unas técnicas que, de no estar incorporadas al texto constitucional, podrían ser inconstitucionales, al menos en lo que respecta a las "reservas" y a la "intervención de empresas". A su vez, la configuración de estas técnicas como de ejercicio facultativo cumple la función de hacer patente que no son inherentes ni al sistema económico ni a la actividad económica pública, sino simples opciones puestas a disposición del poder político de turno.

C. Otras normas

C.1. Dentro del título VII se ubican otras disposiciones que no enuncian normas de competencia. Dejando de lado las relativas a la Hacienda Pública (artículos 133 a 136)⁷³, y centrándonos en las que se refieren a la Economía, tenemos que en el mismo artículo 128 se encuentran dos disposiciones de las que la doctrina ha extraído dos "principios" del orden económico constitucional: el de *subordinación de la riqueza del país al interés general* (art. 128.1) y el de *compatibilidad o concurrencia del sector público con el sector privado* (art. 128.2 primer inciso).

Ambas disposiciones se diferencian de las del segundo inciso del artículo 128 y del artículo 131 en que no crean *ex Constitutione* competencias de intervención a favor de los poderes públicos. No contienen normas de competencia, sino normas habilitadoras o permisivas, que permiten fundamentar normas infraconstitucionales de competencia, si bien el contenido de la habilitación o permiso es distinto en uno y otro caso. La disposición del artículo 128.1 contiene una habilitación a los poderes públicos para introducir regulaciones (o planes) limitadores del derecho de propiedad y la libertad de

⁷³ Son disposiciones que se refieren a las competencias tributaria (art. 133), presupuestaria (art. 134), de emisión de deuda pública (art. 135) y de control del gasto público (art. 136). Fuera del título VII, también se refiere a la Hacienda Pública el artículo 31: en él se contienen normas dirigidas a los ciudadanos (apartado 1), al

empresa en aras de la salvaguardia del interés general. En el artículo 128.1 hay implícita la asignación de un objetivo a los poderes públicos: garantizar la compatibilidad del *interés particular* subyacente en los derechos fundamentales antes citados con el *interés general*. En este sentido, la norma está en directa conexión con la del artículo 33 (que asigna a la ley la importante tarea de delimitar el derecho de propiedad de acuerdo con su "función social") y la del artículo 38 (que asigna a los poderes públicos la tarea de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa de acuerdo con las "exigencias de la economía general"). Así entendida, la norma del artículo 128.1 está emparentada estructuralmente con las normas finalistas antes vistas, aunque quizá la diferencia con estas estribes en que aquella proporciona razones para la *limitación* (de los derechos de propiedad y libertad de empresa), más que razones para la *acción* en ámbitos concretos.

La disposición del primer inciso del apartado 2 del artículo 128 debe ser puesta en conexión con su segundo inciso. En ella se contiene una habilitación (o permiso) para intervenir en la economía como actor (no como regulador o planificador), pero *sin sustracción de la actividad económica a los particulares*. La disposición corre paralela a la del artículo 38 CE: si en este artículo se reconoce a los particulares como empresarios, en el inciso primero del 128.2 CE se reconoce a los poderes públicos la posibilidad de ser también empresarios; en definitiva, esta disposición permite fundamentar normas infraconstitucionales de creación de empresas públicas. Las cuestiones relativas a la empresa pública serán abordadas en el capítulo VI.

C.2. Por último, en el artículo 132 encontramos una disposición (la que se ocupa de los bienes de dominio público, de los comunales, del patrimonio del Estado y del patrimonio nacional) que no deja de tener incidencia en la economía privada, pues la calificación como de dominio público de determinados bienes supone su sustracción a la iniciativa privada y, por tanto afecta a lo que puede ser objeto de apropiación y mercado. La opinión que

legislador en particular (apartados 1 y 3) y a los poderes públicos en general (apartado 2).

aquí se sustenta es que el artículo debe ponerse en conexión con el artículo 128.2, segundo inciso: la demanialización por ley de bienes de dominio privado implica su reserva a la titularidad pública y sólo procede respecto de los que se consideren esenciales.

Por lo demás, en lo que respecta a su estructura, el artículo 132 contiene dos mandatos concretos de legislar (apartados 1 y 3) y una definición (apartado 2), que no deja de tener un alcance prescriptivo, ya que ordena que sean en todo caso bienes de dominio público estatal los que cita expresamente y, por tanto, prohíbe tanto su desafectación por ley como su transmisión a entidades distintas del Estado.

3.3.2. El Estado Autonómico.

3.3.2.1. Autonomía y unidad económica.

La configuración del Estado español como Estado "compuesto" o "descentralizado" tiene proyección sobre lo económico, ya que obviamente conduce a un reparto de las competencias económicas entre el poder central y los poderes territoriales (esencialmente las Comunidades Autónomas)⁷⁴. Ocurre que el Tribunal Constitucional ha acentuado el protagonismo del Estado Central en este terreno, en virtud de la fuerza expansiva de la que ha dotado al principio de "unidad económica" o de "unidad del orden económico". Este principio, que el Alto Tribunal hace derivar del principio de unidad del

⁷⁴ Las competencias económicas de las Entidades Locales son poco relevantes cuantitativa y cualitativamente. Como dijera Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, históricamente las actuaciones de las entidades locales en relación con el sistema económico no han pasado de tener un significado accidental y relativo: «Se han limitado, de modo principal, a la ejecución de determinadas obras, el mantenimiento de un nunca excesivamente amplio sector público y a la ordenación y gestión de algunos *servicios públicos* de carácter económico. Planteamiento histórico que mantiene su validez con posterioridad a la LBRL» [MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Principios del sistema económico en la Constitución española»; en VII *Cuadernos de Derecho Judicial* (1996), pág. 23.

artículo 2 CE⁷⁵, «es una exigencia imperiosa en un Estado de estructura territorial compleja como el nuestro», y –como recuerda la STC 96/2002- se configura como «un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores (STC 1/1982, de 28 de enero, F. 1; y 29/1986, de 20 de febrero, F. 4), siendo a partir de esa unidad desde la que cada Comunidad, en defensa del propio interés, podrá establecer las peculiaridades que convengan dentro del marco de las competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia (STC 1/1982, de 28 de enero, F. 1; y 88/1986, de 1 de julio, F. 6)» (STC 96/2002, fj. 11).

La unidad económica tiene una doble manifestación, la “unidad de mercado” y la “unidad de la política económica”⁷⁶. En otras palabras, de la unidad económica, que compete garantizar al Estado Central⁷⁷, se deriva una doble exigencia: la exigencia de un mercado único y no fragmentado y la exigencia de una cabeza directora de la política económica, que no puede ser otra que el Estado Central. La “unidad de mercado” se erige básicamente en

⁷⁵ Más precisamente, la “unidad del orden económico” «se deduce tanto del Preámbulo –que garantiza la existencia de un «orden económico y social justo»- como de una interpretación conjunta de los artículos 2, 38, 40.1, 130.1, 131.1, 138.1 y 2, 139.2, 149.1.1.^a y 157.2 CE» (STC 96/2002, fj. 11).

⁷⁶ Como se dice en la STC 96/1984, «una de las manifestaciones de dicha unidad [la unidad económica] es el principio de unidad de mercado reconocido implícitamente por el artículo 139.2; otra es la exigencia de la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional, al servicio de una serie de objetivos de carácter económico fijados por la propia CE (arts. 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1)» (fj. 3).

La expresión “unidad de la política económica” la tomo de SAINZ MORENO; para éste, la “unidad de mercado” es un principio de *carácter estructural*, mientras que la “unidad de la política económica” es un principio de *carácter dinámico* [SAINZ MORENO, F.: «El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional»; en MARTÍN- RETORTILLO, S. et al.: *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas* (Instituto de Estudios Fiscales, 1989), págs. 231 y ss.].

⁷⁷ «Al Estado se le atribuye por la Constitución, entonces, el papel de garante de la unidad, pues la diversidad viene dada por la estructura territorial compleja, quedando la consecución del interés general de la Nación confiada a los órganos generales del Estado (STC 42/1981, de 22 de diciembre, F. 2) y, en concreto, el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica que exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general a todo el territorio nacional (STC 1/1982, de 28 de enero, F. 1)» (STC 96/2002, fj. 11).

límite al ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias económicas⁷⁸, mientras que la "unidad de la política económica" es más bien una directriz de actuación del Estado Central, que ejerce la dirección de la política económica nacional a través de las competencias económicas que le reconoce la Constitución. La unidad de mercado –como garantía del mercado nacional– se analizará en el capítulo siguiente. Aquí procede hacer alguna referencia a la "unidad de la política económica", que es el fundamento de importantes competencias económicas en poder del Estado Central, entre ellas la crucial de "ordenación o dirección general de la economía".

3.3.2.2. *La unidad de la política económica: la ordenación o dirección general de la economía*⁷⁹.

Muchas de las competencias que el artículo 149.1 CE reserva al Estado tienen una evidente incidencia económica. Siguiendo a ALBERTI ROVIRA (que a su vez sigue a MALARET)⁸⁰, estas competencias pueden clasificarse en cuatro grupos distintos: competencias estatales para determinar el "status" de los diversos agentes económicos, aquellas que versan sobre infraestructuras y provisión de bienes y servicios de interés general o que exceden del territorio autonómico (por ejemplo, puertos y aeropuertos de interés general –149.1.20– o aguas y energía eléctrica de interés supracomunitario –149.1.22), aquellas que se refieren en general a la política económica (*sensu stricto*)⁸¹ y, finalmente, una serie heterogénea de competencias estatales, que inciden de

⁷⁸ Aunque también es fundamento constitucional de competencias económicas estatales: así, a través de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil (149.1.6.ª) se asegura la uniformidad de la regulación jurídico privada del tráfico mercantil, y esta uniformidad «es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado» (STC 133/1997, f. 4.A).

⁷⁹ Para un estudio más detallado de este asunto, me remito fundamentalmente a ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica*; ob. cit., págs. 219 a 245.

⁸⁰ ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica*; ob. cit., págs. 220 y ss.

⁸¹ Vid. *supra*, nota 17.

modo diverso sobre la economía (por ejemplo, metrología -art. 149.1.12). De este elenco nos interesa ahora el tercer grupo⁸².

En sede de política económica, el Estado tiene un papel protagonista. Por una parte, el artículo 149.1 CE le reserva algunas competencias *sectoriales*, y, por tanto, la capacidad para intervenir en diversos sectores con distinta intensidad, bien en exclusiva (por ejemplo, transporte aéreo -149.1.10), bien sólo en los aspectos básicos (por ejemplo, crédito, banca y seguros -art. 149.1.11), de manera que se permite una intervención complementaria por las Comunidades Autónomas⁸³. Por otra parte, ese mismo artículo 149.1 reserva al Estado la competencia para ejercer las principales políticas *instrumentales*⁸⁴ (a saber: la política de comercio exterior-149.1.10-, la monetaria -149.1.11-, o la fiscal y financiera -149.1.14, en conexión con los artículos 133, 135 y 157), a través de las cuales pueden incidir en sectores económicos atribuidos a la

⁸² Téngase presente, en relación con el primer grupo de competencias (las de política de *ordenación* -vid. *supra*, nota 17), que el Estado se reserva la regulación del *status* de dos de los tres grupos de agentes económicos privados del mercado, los empresarios y los trabajadores, a través de una doble vía: primero, a través de las competencias sobre legislación mercantil (149.1.6) y laboral (149.1.7); y segundo, a través de la competencia a la que se refiere el 149.1.1, por la que el Estado se reserva la regulación de las «condiciones básicas del ejercicio de los derechos», entre ellos, los derechos fundamentales de empresarios y trabajadores (sobre la exclusividad estatal en la regulación del *status* de los empresarios, nos remitimos al apartado 2 del capítulo X de esta tesis). Y, en relación con el tercer grupo de agentes económicos privados, los consumidores, aunque las Comunidades Autónomas se han reservado la competencia sobre defensa de consumidores y usuarios, el Estado puede intervenir sobre los consumidores por vías transversales, tales como la legislación contractual (mercantil y civil: 149.1.6); vid. a este respecto la STC 62/1991, ff. Jj. 2 y 4. Y siempre queda el recurso a la primera de las competencias: la regulación de las condiciones que aseguren la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

⁸³ Una relación de estas competencias sectoriales se encuentra en ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica*; ob. cit., págs. 227-228. Sobre el concepto de “bases”, vid. un resumen jurisprudencial en la STC 109/2003 (fj 4).

⁸⁴ En la práctica, los programas de política económica se concretan en políticas específicas aplicadas en un sentido finalista: esto es, las políticas específicas persiguen unos objetivos económicos últimos, para cuyo logro establecen unos objetivos intermedios, y para la consecución de estos objetivos intermedios emplean determinados instrumentos. Esas políticas específicas pueden clasificarse en dos grupos, políticas *instrumentales* y políticas *sectoriales*: las primeras son aquellas que afectan o son susceptibles de afectar a la economía en su conjunto (por ejemplo, la política fiscal, la monetaria o la de comercio exterior), mientras que las segundas son las que se proyectan sobre un determinado ámbito de la actividad económica (la política agraria, la industrial, la de vivienda, la de comercio interior, la de turismo, etc.). Sobre esta cuestión, vid. JORDAN GANDULF, J. y ANTUÑANO MARURI, I. (coord.): *Política económica: fundamentos objetivos e instrumentos*; ob. cit., pág.38.

competencia (incluso exclusiva) de las Comunidades Autónomas. Por último, el Estado se reserva para sí una última y decisiva potestad transversal de intervención en todos los sectores económicos atribuidos a las Comunidades Autónomas, al amparo de la competencia 13.^a del artículo 149.1, según ha sido reformulada por el Tribunal Constitucional, justamente a la luz del principio de unidad económica, en su dimensión de "unidad de la política económica".

Si uno se atiene al tenor literal de ese apartado («bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»), lo que se deduce parece claro: la norma de competencia tiene por objeto la técnica de la planificación, respecto de la cual el Estado se reserva la fijación tanto de los criterios generales (bases), como los medios de relación con las Comunidades Autónomas (coordinación). Y la planificación que constituye el objeto de la norma no es, obviamente, la estatal, sino la autonómica, respecto de la cual la Constitución atribuye al Estado una competencia armonizadora: sólo respecto de posibles planes autonómicos tiene sentido que el Estado pueda (sea competente para) establecer bases y criterios de coordinación, porque respecto de los suyos tiene competencia plena, no sólo limitada a establecer bases y medidas coordinadoras. En consecuencia, el artículo 149.1.13.^a se refiere a la planificación sobre sectores económicos atribuidos a la competencia (exclusiva o compartida) de las Comunidades Autónomas⁸⁵. Queda fuera del precepto la planificación estatal, tanto la sectorial, la que se proyecta sobre sectores de su competencia exclusiva, como la general, la que se proyecta sobre toda la actividad económica; esta última tiene su encaje en el artículo 131 de la Constitución, como ha declarado el Tribunal Constitucional en varias ocasiones⁸⁶.

⁸⁵ Como se dice en la STC 227/1988 (fj 20.b), «el artículo 149.1.13.^a no atrae hacia el Estado toda la actividad planificadora, sino tan sólo la de fijación de las bases y de la coordinación de la planificación que recaiga sobre objetos o ámbitos ajenos a la competencia estatal, en cuanto que afecte de manera directa a la ordenación de la actividad económica».

⁸⁶ Por todas, STC 65/1998, en la que se dice: «como hemos indicado en varias ocasiones [SSTC 29/1986, fundamento jurídico 3.º, 227/1988, fundamento jurídico 20 a) y 145/1989, fundamento jurídico 1.º, y muy recientemente a propósito del art. 20 de la Ley de Puertos (STC 40/1998, fundamento jurídico 40), el art. 131 CE responde a la previsión de una posible planificación conjunta, de carácter global, de la actividad

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha ido más allá del tenor literal del artículo 149.1.13.^a y ha reformulado la competencia estatal contenida en el precepto, convirtiéndola en una competencia distinta, precisamente a la luz del principio de unidad económica, en su vertiente de “unidad de la política económica”. En efecto, la STC 29/1986 es el punto de partida de una doctrina ya consolidada, según la cual el artículo 149.1.13 atribuye al Estado la ordenación o dirección general de la economía⁸⁷, que se proyecta sobre todos los sectores económicos, incluidos los reservados a las Comunidades Autónomas⁸⁸. La justificación de este título competencial (de esta relectura del artículo 149.1.13.^a) se encuentra en la necesidad de asegurar la “unidad de la política económica”⁸⁹ y su contenido va más allá de lo que marca el tenor

económica, y no resulta aplicable a una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser» (fj 12). El adjetivo “general”, en el contexto del artículo 131, se opone a “sectorial”, esto es, referido a sectores concretos; por el contrario, en el contexto del artículo 149.1.13.^a parece oponerse a “particular”, esto es, referido a empresas concretas.

⁸⁷ «lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado en relación con ellos, es decir, de la propia intervención del Estado en materia económica» (STC 29/1986, fj 4). “Ordenación” y “dirección” se emplean por el Tribunal Constitucional indistintamente, para designar la misma cosa: vid, por ejemplo, la STC 96/1990 (fj 3), en la que se emplea la expresión «competencia estatal de dirección de la economía (ex artículo 149.1.13. CE)»; o la STC 197/1996, en la que se hace referencia a las «competencias de ordenación o dirección general de la economía» (fj 4.A).

⁸⁸ Como dice la STC 225/1993, recogiendo doctrina precedente, «aún existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como “exclusiva” en su Estatuto [...]», esta atribución competencial «no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector», de manera que «el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva pueda estar condicionado por medidas estatales» (fj 3 apartado C). En concreto, el Tribunal Constitucional ha admitido la intervención estatal ex art. 149.1.13.^a en sectores tales como agricultura y ganadería (SSTC 95/1986, 186/1988 o 128/1999, entre otras muchas), cultivos marinos (STC 103/1989), industria (STC 29/1986), vivienda (SSTC 152/1988, y 59/1995), turismo (SSTC 75/1989 y 242/1999), transportes terrestres intraautonómicos (STC 118/1996), comercio interior (SSTC 225/1993 y 124/2003), bolsas de valores (STC 133/1997) o retribuciones de los funcionarios públicos autonómicos (por todas, STC 62/2001).

⁸⁹ Como recuerda la STC 133/1997, «en nuestra STC 29/1986 (Fundamento jurídico 4.º) declaramos que «parece claro que, cuando se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado, en el ejercicio de su competencia de ordenación de la actividad económica general, podrá efectuar una planificación de detalle, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no

literal del precepto, porque «abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política global o sectorial fijados por la Constitución, así como las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos» (STC 186/1988, fj 2). Ello se traduce en la posibilidad de dictar tanto normas generales («normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos» -STC 95/1986, fj 4) como medidas singulares («acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector -ibidem), e incluso planes de detalle (STC 29/1986, de 10 de julio, fj 4.).

Como se ve, el Tribunal Constitucional no se ha limitado a una mera *interpretación finalista* (a la luz del subprincipio de “unidad de la política económica”) de la cláusula del artículo 149.1.13.^a, sino que ha efectuado una verdadera mutación constitucional, ha alterado el significado de la norma constitucional sin modificación de su texto: donde la Constitución dice “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” quiere decir “ordenación o dirección general de la economía”⁹⁰. Y la “nueva” competencia habilita al Estado para fijar objetivos de política económica y para adoptar las medidas (normativas, ejecutivas o planificadoras) necesarias para su realización, aún cuando ello afecte a sectores atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas. Como señala ALBERTI ROVIRA, «el Estado establece la política económica general, con carácter dominante, mientras que las CCAA pueden adoptar la suya propia, que oriente el ejercicio de sus

pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y de medidas de coordinación» »(fj 4.C).

⁹⁰ El Tribunal Constitucional no se ha mostrado especialmente riguroso a la hora de encajar una medida estatal sometida a su control dentro de la categorías “bases” o “coordinación”: el parámetro de control es la “ordenación general de la economía”. No obstante, en la STC 197/1996, siguiendo la estela de jurisprudencia anterior, hace un esfuerzo de distinción, a partir de la afirmación de que «la competencia estatal en cuanto a la planificación económica [entiéndase ordenación o dirección general de la economía] ex art. 149.1.13 CE –y en ello difiere de la relativa a régimen energético ex art. 149.1.25– no se agota en las bases, sino que comprende además la “coordinación” en tal materia»: vid. el fj 4, en lo que respecta al concepto “coordinación”, y el fj 5 en lo que respecta al concepto “bases” (en este punto lo que hace es plasmar la doctrina general sobre la legislación básica).

competencias, con el límite de no contravenir las decisiones tomadas por el Estado»⁹¹.

El problema estriba en que el uso (y abuso) de esta competencia de intervención general en la economía (en todos los sectores, sean o no de competencia estatal), de esta suerte de *política instrumental general* que el Tribunal Constitucional pone en manos del Estado, puede eliminar la autonomía económica de las Comunidades Autónomas, reduciendo a la mínima expresión la capacidad de éstas de poner en marcha una política económica propia⁹². De ello parece ser consciente el Tribunal Constitucional, que ha dicho que el ejercicio de esta competencia general por el Estado no puede llevar a un vaciamiento de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, «de donde se deduce la necesidad de articular la competencia del Estado y la de la Comunidad» (STC 29/1986, fj 4). Ahora bien, ¿cómo se produce esta articulación?. Puede resumirse diciendo que la esa articulación se asienta sobre tres elementos:

- El primer elemento es la justificación en razones conectadas a la unidad de la política económica. No valen cualesquiera razones para intervenir ex artículo 149.1.13.^a: como se dice en la STC 186/1988 (fj 2), la intervención del Estado ha de estar justificada siempre en «la necesaria coherencia de la política económica general» o, lo que es lo mismo, en la necesidad de evitar «resultados disfuncionales o disgregadores» en las actuaciones económicas llevadas a cabo en las distintas partes del territorio.
- El segundo elemento, expresamente señalado (y reiterado) por el Tribunal Constitucional, es que la medida estatal adoptada (sea general o

⁹¹ ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía política y unidad económica*; ob. cit., pág. 243.

⁹² Téngase en cuenta que las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos importantes competencias económicas, a saber: competencias sobre infraestructuras económicas de interés autonómico; competencias sobre sectores económicos concretos; competencias en relación con la organización de los intereses económicos; competencias sobre la organización del desarrollo económico regional; y competencias para la creación de un sector público propio de la Comunidad Autónoma y de participación en el sector público estatal. La clasificación la tomo de MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (Civitas, 1982), tomo I, pág. 497.

particular) tenga una incidencia directa y significativa en la actividad económica general. Como recuerda la STC 124/2003, (fj 3), la competencia estatal sobre “ordenación general de la economía” «no alcan(za) a “incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general” (SSTC 186/1988 y 133/1997), pues, de no ser así, “se vaciaría de contenido una materia o título competencial más específico” (STC 112/1995)»⁹³. Ello es consecuencia lógica del carácter instrumental (al servicio de la economía en su conjunto) de la política que habilita el artículo 149.1.13.

- El tercer y último elemento es que la medida estatal no elimine o limite injustificadamente la competencia específica autonómica⁹⁴. El artículo 149.1.13.^a autoriza a condicionar, no a eliminar o reducir injustificadamente las competencias autonómicas. En especial, las medidas generales (la actividad de regulación general) deben limitarse a lo básico, al “común denominador normativo” necesario para asegurar la unidad de la política económica, a las “líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector

⁹³ En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 124/2003, considera que determinados preceptos de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (que fijan un contenido mínimo de la noción de gran establecimiento comercial, exigen una licencia comercial específica otorgada por la Comunidades Autónomas para la apertura de grandes establecimientos comerciales y determinan los criterios mínimos de otorgamiento de las licencias), son normas básicas que fijan los criterios globales de ordenación de un sector —el de los grandes establecimientos comerciales—, que poseen una clara incidencia sobre la actividad económica general y que, por tanto están legítimamente dictadas al amparo del artículo 149.1.13. CE (vid. el fundamento jurídico 3). Por el contrario, la exigencia de autorización e inscripción registral, por parte de las Comunidades Autónomas, para ejercer determinadas modalidades de venta (a distancia, ambulantes, automáticas o en pública subasta) no puede considerarse un criterio global de ordenación del sector comercial, ni una medida singular de ordenación económica para alcanzar una determinada finalidad —en este caso, el control de esas actividades comerciales—, sino una medida de política administrativa correspondiente a la disciplina de mercado y dirigida a la protección del consumidor, y por ello no puede reputarse norma básica al amparo del 149.1.13.^a

⁹⁴ Como se dice en STC 103/1989 (fj 9), «la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 de la Constitución) puede proyectarse sobre el sector económico de los cultivos marinos y siempre, claro está, que en el ejercicio de dicha competencia no resulten vaciadas de contenido, o limitadas irrazonablemente, las correspondientes competencias autonómicas».

concreto"⁹⁵. No ha de tratarse de la regulación de un sector económico, sino sobre un sector económico.

No es posible finalizar este apartado sin hacer una referencia mínima al gran impacto que la integración en la Unión Europea y, en particular, en la Unión Económica y Monetaria (UEM), ha supuesto para la competencias del Estado Central sobre política económica. Para empezar, dos políticas instrumentales específicas de primer orden, reservadas a su competencia exclusiva por la Constitución -la política monetaria y la de comercio exterior- han pasado a manos de la actual Comunidad Europea en régimen de exclusividad⁹⁶. Además, la política instrumental general -la dirección general de la economía- no la fija ya libremente el Estado Central: éste sigue siendo el responsable de la política económica general, pero está obligado a coordinarla

⁹⁵ Para el Tribunal Constitucional, los criterios de otorgamiento de las licencias especiales para abrir grandes establecimientos comerciales, establecidos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, no vacían las competencias autonómicas en materia de comercio interior y urbanismo, pues es a las Comunidades Autónomas a quienes corresponde tanto establecer los requisitos en virtud de los cuales se otorga la calificación de gran establecimiento, como otorgar las licencias de apertura, si bien su ejercicio se encuentra condicionado por la normativa básica dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.13 (STC 124/2003, f. 3).

⁹⁶ La política monetaria y la de comercio exterior se insertan ahora en el pilar comunitario, en concreto, la Comunidad Europea. Cuando se apruebe la Constitución Europea se unificarán los tres pilares ahora existentes y la persona jurídica titular de las competencias será la Unión Europea. Por otra parte, la exclusividad se refiere a la competencia normativa básicamente, quedando en manos de los Estados la competencia ejecutiva: como se dice en el proyecto de Constitución aprobado por la Convención Europea, «Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo esta podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si la Unión les autoriza a ello o para aplicar los actos adoptados por ésta» (art. 11.1 de la Parte I). La política monetaria y la de comercio exterior (Unión Aduanera y política comercial común) están incluidas dentro de las competencias exclusivas de la Unión (art. 12.1 de la Parte I).

Obviamente, la política de comercio exterior se refiere al comercio con Estados no comunitarios; la regulación del comercio entre Estados comunitarios, esto es, la regulación del mercado interior, es competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (art. 13.2 de la Parte I), salvo las normas sobre la competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, que son competencia exclusiva de la Unión (art. 12.1 de la Parte I). Que la competencia sobre mercado interior sea compartida significa que los Estados pueden ejercer la competencia normativa, siempre que la Unión no la ejerza, pues, de ser así, la norma comunitaria desplaza a la norma estatal (vid. art. 11.2 de la Parte I).

con la de los demás Estados miembros, sobre la base de unas Orientaciones Generales de Política Económica (conocidas como GOPE, que son las siglas en inglés) que fija anualmente el Consejo⁹⁷. A ello hay que añadir la prohibición de déficit públicos excesivos⁹⁸, resultado del famoso "Pacto de Estabilidad y Crecimiento"⁹⁹. En definitiva, la dirección de la política económica no monetaria, aunque está en manos del Estado Central, no lo está del todo, porque, ni puede desdeñar las recomendaciones generales del Consejo, ni puede superar determinado nivel de déficit público. El Estado Central dirige la política económica, pero bajo el corsé impuesto por la Unión Europea.

⁹⁷ Vid. el actual artículo 99 del TCE y el artículos I.14 y III.71 del proyecto de Constitución Europea. Las "orientaciones generales" se plasman normativamente en una *recomendación*, carente de efecto jurídicamente vinculante, pero no por ello carente de fuerza. Las recomendaciones tienen la fuerza política de la persuasión y de la presión. Téngase en cuenta que el cumplimiento de la recomendación se sujeta a un sistema de supervisión y vigilancia multilateral, que puede conducir a la formulación de recomendaciones al Estado miembro cuya política económica contradiga las orientaciones generales, o suponga un riesgo para el correcto funcionamiento de la UEM; estas recomendaciones pueden hacerse públicas, y es indudable que esta publicidad puede tener efectos importantes sobre los mercados del Estado amonestado.

⁹⁸ Vid. el actual artículo 104 del TCE y el artículo III.76 del proyecto de Constitución Europea. No es esta la única prohibición impuesta a los Estados que forman parte de la UEM. A ella hay que añadir otras tres: la prohibición de que los bancos nacionales otorguen créditos o descubiertos para financiar el déficit público (art. 101 TCE y art. III.73 del proyecto de Constitución Europea); la prohibición de medidas que otorguen un acceso privilegiado del sector público al crédito de entidades financieras (art. 102 TCE y art. III.74 del proyecto de Constitución Europea); y la prohibición de que la CE (UE) responda de los compromisos financieros contraídos por el sector público de los Estados miembros (la llamada regla de la *no correponsabilidad financiera o no bail out* -art. 103 TCE y art. III.75 del proyecto de Constitución Europea).

⁹⁹ El Pacto de Estabilidad tiene una parte de compromiso jurídico y otra de compromiso político. El compromiso jurídico consiste en no sobrepasar el límite del 3% del PIB de déficit público, y ha sido desarrollado normativamente en el artículo 104 TCE (III.79 del proyecto) y en dos Reglamentos del Consejo (1466 y 1467/1997): el primero de ellos prevé medidas preventivas (obligación de presentar anualmente a los Estados un programa de estabilidad y recomendaciones al Estado que se aproxime al fatídico límite del 3%) y sancionadoras (que se aplican a los Estados que sobrepasan el 3%, tras un laborioso procedimiento, y que pueden suponer multas de hasta el 0,5% del PIB del Estado infractor). El compromiso político consiste en alcanzar a medio plazo el equilibrio presupuestario (el famoso déficit cero); compromiso no exigible jurídicamente (no se ha incorporado ni al Derecho Primario ni al Derivado) que, además, se ha ido retrasando (desde la inicial fecha de 2002), primero hasta 2004 y, después, hasta 2006, o, a más tardar, 2007 (en la reunión del ECOFIN de 7 de marzo de 2003).

3.4. Conclusiones: las tensiones del orden constitucional económico.

El orden constitucional económico se asienta en algunas decisiones fundamentales. Por una parte, está la decisión sobre el sistema económico: el orden económico está presidido por un sistema económico determinado, la "economía de mercado", expresamente reconocido por la Constitución, que también reconoce expresamente las piezas de que se compone (derecho de propiedad, mercado, libertad de empresa). Por otra parte, está la decisión sobre el papel del Estado en la economía: la Constitución define nuestro Estado como *Social*, y de esa calificación se derivan numerosas e importantes posibilidades de intervención económica¹⁰⁰. Por último, está la decisión sobre la forma de Estado desde la perspectiva territorial (el Estado *autonómico*), de la que resulta una pluralidad de poderes públicos con competencias de intervención en la economía: el Estado Central (sobre todo)¹⁰¹, las Comunidades Autónomas y, en mucha menor medida, las Entidades Locales; a estos sujetos hay que añadir la Unión Europea, a la que se ha cedido el ejercicio de importantes competencias económicas, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución¹⁰².

¹⁰⁰ Recuérdese la distinción entre política de *ordenación* y de *proceso* (vid. nota 17). En sentido amplio, intervenir en la economía es ordenarla (tutelar) desde fuera, pero también interferir en el proceso económico al servicio de objetivos determinados (intervención en sentido estricto). Puede decirse que, en el campo de juego económico (en el mercado), la Constitución autoriza al Estado a ser juez (a través de la ordenación del mercado), pero también parte, y esto último en un doble sentido: por una parte, es *manager* (dirige el proceso económico para la consecución de determinados objetivos, utilizando en su caso la planificación) y, por otra, es a veces jugador; y como jugador, unas veces actúa con ventaja, eliminando a los jugadores privados (a todos —mediante la reserva de recursos o servicios esenciales— o a algunos —mediante la intervención de una o varias empresas—), y otras sin ventaja, en las mismas condiciones que los jugadores privados (mediante la creación de empresas públicas).

¹⁰¹ Con un indiscutible protagonista, el Gobierno, a quien el artículo 97 de la Constitución atribuye la dirección de la política, que incluye la política económica.

¹⁰² La integración en la Unión Europea, ha reducido el peso de los poderes públicos españoles en lo económico, pero también ha alterado *de facto* la distribución territorial del poder interno, en beneficio del Estado Central y, dentro de él, del Gobierno de la Nación, al menos en la fase ascendente del proceso comunitario. Asuntos que antes eran de competencia interna autonómica son ahora de competencia comunitaria, siendo así que en el órgano que decide (el Consejo) está representada España a través del Gobierno central, que es quien fija la posición del Estado español. En consecuencia, el Estado Central pierde "poder económico" frente a la Unión Europea, pero lo gana frente a las Comunidades Autónomas. No es de extrañar que algunas de estas reclamen participación directa en las reuniones del

"Economía de mercado"; "Estado Social" y "pluralidad de poderes públicos económicos" son las decisiones constitucionales relevantes sobre las que articula el orden económico constitucional. Se trata de un orden bajo el que subyacen diversas tensiones. La Constitución no está llamada a resolver esas tensiones, sino a fijar las pautas para su resolución. Corresponde a los poderes constituidos determinar las condiciones para zanjar los conflictos, tanto las condiciones generales (tarea del legislador) como las particulares (tarea del juez), bajo el supremo control del Tribunal Constitucional. El orden económico de la Constitución es un orden abierto, que posibilita mucho, pero tiene cláusulas de cierre que imponen límites al pluralismo económico, a la actuación de la pluralidad de agentes económicos (públicos y privados) que operan bajo la economía de mercado.

Por una parte, está la tensión entre los agentes económicos privados y los poderes públicos. Aquí nos interesa la tensión empresarios-poderes públicos¹⁰³, que el orden constitucional económico encauza adecuadamente, al marcar los límites y las posibilidades de intervención pública en la actividad empresarial. Marca límites (determinados derechos fundamentales -libertad de empresa y derecho de propiedad- y un instituto garantizado -el mercado-), que nos dicen hasta dónde pueden llegar las políticas económicas de quienes ostenten el poder político en cada momento. Pero también marca

Consejo. Recordemos que la participación autonómica en la formación de la voluntad española en el Consejo se instrumenta en la actualidad a través de dos vías: la *Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas* (CARCE - Ley 2/1997, de 13 de marzo, reguladora de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas) y, sobre todo, las *Conferencias Sectoriales* (Acuerdo sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales, aprobado por la CARCE el 30-XI-94). De esta participación multilateral se ha autoexcluido el País Vasco, que ha optado por la cooperación bilateral, instrumentada en la firma, el 30 de noviembre de 1995, del *Acta constitutiva de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas*.

¹⁰³ La tensión trabajadores-poderes públicos se hace realidad cuando los poderes públicos intervienen para recortar derechos laborales (es lo que se llama eufemísticamente "flexibilidad laboral"); la Constitución impone límites a las políticas "flexibilizadoras", al garantizar determinados derechos fundamentales a los trabajadores. Por último, la tensión consumidores-poderes públicos se hace realidad cuando los poderes públicos no intervienen en defensa de los consumidores; a este respecto, la única garantía constitucional de que disponen estos es la norma finalista del artículo 51, de la que no se derivan derechos inmediatamente exigibles: los derechos de los consumidores están en manos del legislador.

posibilidades: *en concreto*, cuando asigna objetivos y competencias a los poderes públicos en el terreno económico y, *en general*, en cuanto que, dentro de los límites marcados, permite la coexistencia de diversas políticas económicas. El orden constitucional económico es límite, pero también garantía de políticas económicas plurales¹⁰⁴.

Por otra parte, está la tensión de los agentes económicos públicos entre sí, principalmente la tensión entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas. El orden constitucional económico también marca los límites y las posibilidades de intervención pública en la economía de cada instancia a través del reparto competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Reparto complejo y potencialmente conflictivo, presidido por el principio de unidad económica, que compete aclarar al Tribunal Constitucional. Este, como ya sabemos, se ha escorado hacia el Estado Central, en virtud de la interpretación (más bien mutación) que ha hecho del artículo 149.1.13.^a, de la que resulta que el Estado puede intervenir en todos los sectores económicos atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas para salvaguardar la unidad de la política económica, dejando poco margen de maniobra a estas para desarrollar una política económica propia¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A su vez, y respecto de los agentes económicos privados, el orden económico constitucional también marca posibilidades (las que se derivan del reconocimiento de derechos económicos) y límites. Estos son no sólo individuales (sólo se reconocen *ex Constitutione* posibilidades de acción dentro del contenido acotado para cada derecho fundamental), sino también colectivos: la Constitución, al limitar las posibilidades de acción pública en el terreno económico, esta al mismo tiempo poniendo límites a la presión social sobre el poder político para que intervenga en el terreno económico. La consagración de la economía de mercado en la Constitución supone un freno a las demandas sociales de más y más intervención pública en la economía, que nunca podrá ser de tal calibre que desnaturalice el sistema económico explícitamente consagrado.

¹⁰⁵ La unidad económica, en sus dos vertientes, es límite a la actuación de las Comunidades Autónomas, pero, ni es fuente por sí sola de competencias estatales, ni puede servir de pretexto para alterar el significado de las normas constitucionales que atribuyen competencias al Estado. Este puede garantizar la unidad de la política económica en particular, bien a través de las competencias del artículo 149.1, con el significado expreso que tiene cada una de ellas (y el precepto da el suficiente juego para ello: pensemos en todas las políticas instrumentales que atribuye a su competencia exclusiva), bien acudiendo en última instancia al artículo 150.3 CE, cuando el interés general económico así lo exija.

Una visión crítica general la encontramos en VIVER PI i SUNYER. En un artículo publicado en el diario *El País* el 6 de febrero de 2003 («Finalmente una amplia

Por último, está la tensión de los agentes económicos privados entre sí. En realidad, tres son las tensiones posibles: la que enfrenta a los empresarios entre sí, la que opone a empresarios y trabajadores y la que se plantea entre empresarios y consumidores. En lo que respecta a las dos primeras tensiones, el orden constitucional económico sitúa a las partes en posición de igualdad "iusfundamental": atribuye a los empresarios los mismos derechos fundamentales y prohíbe toda diferencia de trato injustificada entre ellos (primera tensión); y a los derechos fundamentales de los empresarios opone derechos fundamentales en manos de los trabajadores (segunda tensión). Sobre esta base, la Constitución delega en el legislador la regulación de las condiciones generales que hagan compatible el ejercicio de los respectivos derechos (leyes sobre competencia –primera tensión-, leyes laborales, singularmente el Estatuto de los Trabajadores –segunda tensión), y en el juez la aplicación concreta de tales condiciones y la resolución de los casos de verdadera colisión de derechos fundamentales¹⁰⁶. La tercera de las tensiones se plantea constitucionalmente desde el desequilibrio, pues a los derechos fundamentales de los empresarios no cabe oponer por los consumidores en cuanto tales derecho fundamental alguno; lo que sí hace la Constitución es establecer posibilidades de intervención pública en la actividad empresarial para defender a los consumidores; es al legislador a quien corresponde crear

autonomía de baja calidad»), el vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional concluye que, tras veinticinco años de andadura constitucional, la autonomía finalmente alcanzada por las Comunidades Autónomas, a pesar de su amplitud, es en la práctica de muy baja calidad, asemejándose más a una simple autonomía administrativa que a una auténtica autonomía política. Y precisamente una de las manifestaciones de esto es la muy escasa capacidad reconocida a las Comunidades Autónomas para adoptar políticas propias, de acuerdo con sus propias opciones políticas; cosa que es el resultado de tres fenómenos entrelazados: «la fragmentación de las materias atribuidas a la CC AA, la extensión dada a las materias de competencia estatal –especialmente los llamados títulos horizontales, como la *ordenación general de la economía*– y, en tercer lugar, el detalle al que llegan las bases que el Estado puede dictar en muy numerosas materias» (la cursiva es mía). Resulta así que «No hay ningún ámbito material, incluidos los reservados a las CC AA, en el que el Estado no haya fijado, a menudo con un grado de detalle extraordinario, no ya las directrices políticas a seguir, sino un auténtico sistema unitario y uniforme».

¹⁰⁶ Delegación sujeta a límites constitucionales: cuanto menos, el respeto del contenido esencial de cada derecho fundamental (límite explícito impuesto al legislador ex art. 53.1) y la proporcionalidad (límite impuesto al juez al resolver los casos de colisión verdadera de derechos fundamentales). Estos asuntos se abordarán en los capítulos VII y VIII, respectivamente.

las condiciones generales para limitar la actividad empresarial al servicio de los objetivos del artículo 51 de la Constitución.

Este es el marco de tensiones en el que se sitúa la decisión constitucional sobre el sistema económico. Resta por abordar en esta segunda parte un asunto crucial: ¿cómo protege la Constitución el sistema económico “decidido”? En el siguiente capítulo se responde a la pregunta.

CAPITULO IV

APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A LA ECONOMÍA DE MERCADO (II)

1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA "ECONOMÍA DE MERCADO"

1.1. El tipo de "economía de mercado" protegido por la Constitución.

El interrogante acerca de si la Constitución consagra y, por tanto, protege (y limita), un sistema económico determinado, tiene respuesta positiva: la norma suprema ha decidido sobre el sistema económico, ha decidido que sea la "economía de mercado". Rechazadas, pues, las tesis abiertas o neutralistas, queda por averiguar si la Constitución consagra un tipo o modelo específico de "economía de mercado". Es este un asunto que ocupó la atención de la doctrina en el mismo proceso constituyente y en los años inmediatamente siguientes a la aprobación del texto definitivo con tesis enfrentadas, detrás de las cuales estaba en algunos casos la respetable ideología de quienes las formulaban. Tras un cuarto de siglo de andadura constitucional, y teniendo a la vista el orden constitucional que se acaba de describir, se puede dar cumplida respuesta a este interrogante. Antes es inexcusable hacer referencia a esas tesis enfrentadas, que algunos ríos de tinta (y de *bits*) han movido y mueven todavía.

Sin pretensión alguna de exhaustividad¹, se puede decir *grosso modo* que son tres las posiciones doctrinales al respecto: en un extremo están quienes

¹ Un resumen de las posiciones doctrinales iniciales, en DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica*, ob. cit., págs 54 a 69). Vid. también GIMENO FELIU,

han entendido que el texto constitucional consagra una economía de mercado de signo *neocapitalista* o *liberal*, basada en el protagonismo de la iniciativa privada y en la subsidiariedad (o excepcionalidad) de la iniciativa pública²; en el otro se encuentran quienes han considerado que la Constitución parte de un sistema económico determinado –la economía de mercado–, pero contiene en su seno el germen para su transformación en un sistema económico socialista

J.M.: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas»; 135 *Revista de Administración Pública*, cit., págs. 151 a 163.

² El principal valedor de esta tesis es el profesor ARIÑO ORTIZ, que la ha defendido con coherencia, aunque suavizando su postura con el paso del tiempo: no es igual la posición adoptada en sus primeros trabajos [vid. «La empresa pública», en GARRIDO FALLA, F.: *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2 (IEE, 1981), págs. 12 y ss.; y «Comentarios introductorios al título VII de la Constitución» y «Artículo 128», en ALZAGA VILAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X (EDERSA, 1985)], que en los más recientes [vid. sus *Principios de Derecho Público Económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)* (Comares, 2001 –2.ª ed.), en particular págs. 128 y ss., que siguen la estela de su *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público* (Marcial Pons, 1993), en particular el capítulo III]. En sus primeros trabajos se mostraba tajante al afirmar que la economía de mercado era un modelo de orden económico *basado en el protagonismo de la iniciativa privada y en la subsidiariedad o excepcionalidad de la iniciativa pública* [«Dicho brevemente, el principio general es la iniciativa privada, y la excepción –que deberá justificarse en cada caso– la iniciativa pública. Si no se quiere llamar a eso principio de subsidiariedad, puede llamársele principio de eficiente asignación de recursos. Son lo mismo» («La empresa pública», pág. 208; y «Artículo 128», pág. 31)]. Sin embargo, en sus trabajos más recientes admite «el carácter abierto de la Constitución económica española, que deja al liderazgo político de cada momento la elección de variados modelos o formas de ordenar la vida económica, y el mayor o menor protagonismo del Estado»; bien que la apertura no es ilimitada: «La Constitución prohíbe un sistema de economía de dirección o planificación central [...]». También parece excluirse el modelo de economía liberal clásico, de corte manchesteriano. Apunta, pues, a una tercera vía media que es la que se conoce en el mundo como «Economía Social de Mercado», expresión de la ciencia económica, que es paralela a otra expresión jurídica, el denominado «Estado Social de Derecho».» (*Principios de Derecho Público Económico*, págs. 129-130; vid. también *Economía y Estado*, págs. 102-103). El gozne que une el tajante pasado y el matizado presente es lo que el autor llama interpretación «principalista» de la Constitución Económica (*Principios de Derecho Público Económico*, págs. 132-134; *Economía y Estado*, págs. 104-108): los preceptos enunciados en los artículos 33, 35, 37 y 38 –y por extensión, el 139–, es decir, los que miran a la garantía del sistema económico, en cuanto que contienen principios básicos de la configuración jurídico-política del Estado, gozan de prevalencia (o plusvalencia) sobre los contenidos en el Título VII y en el capítulo III del título I, esto es, los que constituyen fuentes de intervención pública en la economía, que tienen carácter secundario. En consecuencia, las intervenciones públicas en la economía se configuran como *excepción a una regla* general de libertad. Excepción justificada por razones de interés general, y aquí el autor admite que el legislador goza de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar ese interés general que justifica la excepcional intervención pública.

o de economía de mercado "socializada"³; y en medio están quienes han postulado que la Constitución consagra una tercera vía entre la economía de mercado *liberal* y la economía *socializada*, llamada economía *mixta* de mercado,⁴ economía *dirigida* de mercado⁵ o, más comúnmente, economía

³ Esta es la posición, entre otros, de Pablo LUCAS VERDU (de quien tomo la contradictoria expresión "economía de mercado socializada"), Elías DIAZ o Ramón GARCÍA COTARELO: vid. DE JUAN ASENJO, O., *ibidem*, págs. 60 a 63. Estos autores se apoyan en las referencias socializantes que contiene el texto constitucional, *tanto en el Preámbulo* – en el que se alude a la voluntad de la Nación Española de «Establecer una sociedad democrática avanzada» (como recuerda DE JUAN, es esta una «expresión de matiz socialista que apunta hacia esa meta de profundización en la democracia que sólo en un sistema económico socialista sería posible hacer realidad», *ibidem*, pág. 61)- *como en el articulado* -artículos 1.1, 9.2, 128.2, 129.2 o 131: todos ellos pueden servir de palanca para una transformación en profundidad del modo de producción capitalista, que desemboque finalmente en un sistema flexiblemente socialista-.

⁴ Así se expresa la STS de 10-10-1989 (Ar. 7352): «El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada, pero el art. 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos de producción, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y que únicamente admitía la pública ante la inexistencia o insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional» (FJ 2).

⁵ Es la posición de GARCIA-PELAYO, quien, después de distinguir hasta tres sistemas diversos a los que se designa como "economía de mercado" (economía libre de mercado, economía social de mercado –en el sentido de la Escuela de Friburgo- y economía dirigida –o controlada- de mercado), dice: «La "economía de mercado" en el sentido de la Constitución, nos parece que se aloja en el tercero de los tipos mencionados, conclusión a la que se llega a través del examen de otros preceptos constitucionales, como el 131, 51, 130.1, 45, etc». Para GARCIA-PELAYO, la economía *dirigida* de mercado es aquella que «parte de la libertad de decisión de las empresas y de la coordinación espontánea de su actividad a través de los mecanismos del mercado», pero que exige también la intervención del Estado, bien para corregir los «casos en los que la autorregulación es insatisfactoria», bien para atender determinadas «finalidades económicas nacionales –por ejemplo, la promoción del crecimiento, el pleno empleo, la estabilidad monetaria, la redistribución más justa del ingreso, la defensa de los recursos naturales, la protección del medio ambiente, etc. – cuya realización no puede asegurarse por el simple mecanismo del mercado, sino por la acción estatal» [Vid. GARCIA-PELAYO, M: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución»; en RAMÍREZ, M: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, ob. cit., págs. 40-41].

En la misma línea se sitúa DE LA QUADRA-SALCEDO: «"Economía dirigida de mercado" sería por tanto el modelo al que responde nuestra Constitución o si se prefiere economía de mercado corregida por la dirección estatal»; y matiza: «La dirección de esa economía de mercado existirá, en cambio, con mayor o menor intensidad según las circunstancias económicas y políticas de cada momento. Pero el hecho de que el Título VII prevea técnicas de intervención de la economía de mercado implica que el modelo pueda calificarse como de economía dirigida, aunque luego en la práctica las dosis de dirección puedan ser mayores o menores o incluso

social de mercado⁶. Mi tesis es que ninguna de estas tesis acierta a encajar adecuadamente la "economía de mercado" dentro del orden constitucional.

La tesis *liberal* responde más a un deseo legítimo que a la realidad abierta que plasma la Constitución. Para empezar, apunta a un problema concreto –el régimen constitucional de coexistencia entre la iniciativa empresarial pública y privada– cuya solución, también concreta, no se puede generalizar a toda la actividad económica pública: la creación de empresas públicas no es la única –ni siquiera la más importante– intervención de los poderes públicos en la economía. Pero es que, además, la subsidiariedad de la iniciativa pública empresarial, aún siendo una opción política permitida, no viene exigida por la Constitución, como opina la mayoría de la doctrina y como ha confirmado la jurisprudencia: *la subsidiariedad es una posibilidad, no una obligación constitucional*⁷. Tampoco se puede sostener sin más que las normas constitucionales sobre el sistema económico (principalmente las de los artículos 33 y 38) tienen "plusvalencia" sobre las que se refieren a la intervención pública en la economía (principalmente las del capítulo 3 del título

inexistentes.» [DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Comentario introductorio al título VII»; en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir): *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Edersa, 1996-1999), tomo X, pág. 35.

⁶ Véase, por ejemplo, Angel ROJO, para quien «la Constitución española ha constitucionalizado un sistema, pero no ha constitucionalizado un modelo», siendo así que «el sistema constitucionalizado es el de economía de mercado del Estado Social, es decir, el de *economía social de mercado*, por virtud del cual se reconoce la libertad de empresa –en la triple dimensión básica de libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio y libertad de cesación– y, en definitiva, la libertad de competencia en el marco de las exigencias específicas del Estado Social» (ROJO, A.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española»; 169-170 *Revista Española de Derecho Mercantil* (1983), pág. 316. Véase también a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, para quien la combinación de dos vectores distintos (derecho a la libertad de empresa, por una parte; ordenación de la actividad económica por los poderes públicos, por otra) viene a responder al sistema que acostumbra a calificarse de "economía social de mercado" [MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Derecho Administrativo económico* I, ob. cit., págs. 82-83]. Véase, en fin, a Ramón MARTÍN MATEO, para quien economía *mixta* y economía *social de mercado* designan la misma cosa: «En este sentido, creemos que nuestra Constitución se pronuncia inequívocamente sobre el modelo que habitualmente se califica como Estado Social de Derecho, economía mixta o social de mercado, lo que implica, de forma vinculante para los poderes públicos, no sólo el respeto de las conductas y situaciones jurídico-privadas compatibles o concordes con este modelo, sino el mandato activo dirigido a los responsables del Estado de llevar el logro de los objetivos constitucionalmente perfilados» [MARTÍN MATEO, R.: *El marco público de la economía de mercado* (Trivium, 1999, 1.ª ed.), pág. 78.

⁷ Este asunto será analizado en el capítulo VI.

I y las del título VII), por el mero hecho de que las primeras contienen derechos fundamentales⁸ que, como tales, vinculan al legislador en los términos del apartado 2 del artículo 53; decir esto supone olvidar la distinta función que cumplen los dos grupos de normas: las primeras son normas que se dirigen a los agentes económicos privados, y de ahí que se construyan como derechos fundamentales, mientras que las segundas se dirigen a los poderes públicos – asignándoles objetivos o competencias de intervención-, por lo que obviamente no pueden construirse como derechos fundamentales. No es exacto, *ex Constitutione*, considerar la intervención pública en la economía como una excepción a la regla general de libertad económica; lo exacto es considerar la libertad económica y, por ende, la economía de mercado, como un límite a dicha intervención. La economía de mercado como tal impone límites a los poderes públicos, pero estos, respetando tales límites, pueden intervenir libremente en la actividad económica, sin que tengan que sujetar su intervención a directriz alguna de subsidiariedad o excepcionalidad⁹. *De la Constitución no se deriva ninguna regla general de no intervención pública en la actividad económica privada.*

Por su parte, la tesis del *sistema económico de transición hacia el socialismo*, o bien es incardinable dentro de las tesis abiertas, o bien no es expresiva de nada. Lo primero sucede si se entiende que, bajo el manto de la Constitución caben sistemas económicos diversos (capitalismo y socialismo, para entendernos) o, mejor dicho, un sistema económico alternativo al capitalismo, sin necesidad de reforma constitucional, algo que no comparto: aquí se defiende que la Constitución se ha decantado expresamente por un

⁸ Aunque no sólo hay derechos fundamentales: también hay institutos garantizados (el mercado). Por otra parte, si la Constitución otorga derechos fundamentales a los empresarios, lo mismo hace con los trabajadores, y los derechos fundamentales de estos –que suponen un límite al ejercicio de los derechos empresariales- no son jerárquicamente inferiores a los de aquellos. No valen más los derechos fundamentales de los empresarios que los de los trabajadores.

⁹ Como dice TRONCOSO REIGADA, la Constitución «no ha recogido el principio de subsidiariedad [...] [lo] que significa que los poderes públicos pueden legítimamente intervenir en la economía, aun cuando exista iniciativa privada que garantice el servicio, pues esta es una decisión política que tiene cabida dentro del marco constitucional» [TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución* (Marcial Pons, 1997), pág. 109].

solo sistema económico, la "economía de mercado"¹⁰. Lo segundo sucede si se entiende que toda política económica "socializante" exige una reforma constitucional cuando desemboque en un cambio de sistema económico¹¹; si esto es así, en nada queda afectado el sistema económico "del que se parte": la "economía de mercado" consiente tantas políticas "socializantes" como admita su imagen maestra, sin que por ello deje de haber "economía de mercado"¹². En la Constitución actual, ni caben varios sistemas económicos, ni cabe un cambio del sistema económico "constitucionalizado" por otro medio que no sea una reforma de aquella.

La llamada "tercera vía" tiene tres versiones que, en realidad, responden a la misma idea, sólo que desde ángulos distintos. La versión de la economía *mixta* pone el acento en el régimen de coexistencia de la iniciativa empresarial pública y la privada en una economía *social* de mercado: en el marco de esta, la actividad económica puede ser desarrollada tanto por sujetos privados como por sujetos públicos, en régimen de igualdad – es lo que se ha dado en llamar principio de "coiniciativa económica"-. La versión de la economía *dirigida* pone el acento en la capacidad de dirección de los poderes públicos para corregir los problemas que el sistema económico por sí solo no puede resolver, tanto los de eficiencia como los de equidad distributiva, pasando por los de estabilidad macroeconómica; todos estos problemas caben en lo que hemos llamado el Estado *Social en sentido amplio*. Por último, la versión de la economía *social* de mercado pone el acento fundamentalmente en la intervención pública para resolver los problemas de equidad distributiva, los que caen dentro del Estado *Social en sentido estricto*; no debe confundirse, por tanto, con la "economía *social* de mercado" de la escuela de Friburgo, con

¹⁰ Vid *supra*, capítulo III, apartado 1.

¹¹ Esta es, a la postre, la posición de GARRORENA MORALES, para quien la Constitución parte del sistema económico capitalista, pero se abre a la posibilidad de políticas dirigidas a su superación; y añade: «Por supuesto, apenas es necesario añadirlo, la eventual obtención final de esa superación dialéctica de estructuras –que acaba negando, en cuanto que lo trasciende, al modelo de partida- debería desembocar en una reforma constitucional destinada a reflejar los datos constitutivos del nuevo estadio» (GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*; ob. cit., pág. 95).

¹² Por lo mismo, el "Estado autonómico" consiente cuantas políticas "centralistas" o "descentralizadoras" no desnaturalicen la esencia del modelo, transformándolo en otro. La transformación sólo es posible mediante la oportuna reforma constitucional.

la que sólo comparte el nombre y que –como ya se ha dicho- no encaja en nuestra Constitución¹³: economía *social* de mercado alude en este caso a economía socialmente orientada, a economía que admite la intervención pública dirigida a la consecución de objetivos sociales, distintos de la pura defensa del sistema económico y, en ocasiones, perturbadores de su funcionamiento eficiente.

Estas tres versiones responden a una misma idea, la de que nuestra Constitución ha consagrado en su texto una de las dos encarnaciones posibles de la economía de mercado, la comunitarista o social. Como se dijo en el capítulo II¹⁴, el capitalismo o, en terminología constitucional, la economía de mercado, responde a una orientación general en todos los países (propiedad privada, libre iniciativa económica y mercado), pero tiene encarnaciones particulares según el nivel de intervención pública en la economía. La nuestra es la Constitución de un país europeo y, en coherencia con ello, parece adscribirse al modelo europeo de economía de mercado (con la excepción del Reino Unido), que, frente al modelo anglosajón (de corte individualista), asigna al Estado una intervención muy intensa en la economía, que no es sólo una intervención *pro* economía de mercado, sino también (y este es el rasgo diferencial) *pro* equidad distributiva, es decir, *pro* igualdad real.

¹³ Vid. *supra*, capítulo III, apartado 2.2. Una interpretación constitucional de la economía *social* de mercado en el sentido de la Escuela de Friburgo la encontramos, entre nosotros, en ENTRENA CUESTA: «... antes de llegar a un sistema mixto, nos encontramos con el modelo de economía *social* de mercado que, como dice Müller-Armack, no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo (en sentido estricto, originario) sino que *integra un sistema de competencia económica (...) con el progreso social*; este modelo de economía *social* de mercado es el que, en realidad, consagra la Constitución española» [ENTRENA CUESTA, R.: «El principio de libertad de empresa»; en GARRIDO FALLA (dir.): *El modelo económico de la Constitución española*, vol. I (Instituto de Estudios Económicos, 1981), pág. 131]. También parece estar implícito el modelo de Friburgo en ARIÑO, al optar por una de las dos interpretaciones que –según él- se han hecho de la “economía social de mercado” (el modelo *al que apunta* la Constitución –también según él): para unos (entre los que se encuentra ARIÑO) es «una economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado (red de seguridad para asegurar una mínima cobertura y servicios a todos los ciudadanos) complementarias y compatibles con aquélla»; para otros «este sistema es el llamado de “economía mixta”, en el que se combinan de forma asistemática, es decir, sin un orden jerárquico de regla y excepción, las actuaciones privadas y públicas, las propiedades pública y privada, en diferentes medidas y proporciones según las necesidades de cada momento» [ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de Derecho Público Económico*, pág. 130; *Economía y Estado*, págs. 102-103]

Esta intensa intervención parece desprenderse de numerosos preceptos: nuestra Carta Magna garantiza la propiedad privada (art. 33.1), pero al mismo tiempo dispone, por un lado, que la función social de los bienes delimitará su contenido con arreglo a las leyes (33.2) y, por otro lado, que se faculta al Estado tanto para expropiar por causa de utilidad pública e interés social mediante la correspondiente indemnización (33.3) como para reservarse recursos o servicios esenciales (128.2) y, por último, que toda la riqueza del país está subordinada al interés general (128.1). Nuestra Carta Magna reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38), pero al mismo tiempo reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, junto a la iniciativa privada (art. 128.2) y dispone que se protegerá el ejercicio de esta última de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (art. 38); siendo así que la Constitución está plagada de preceptos que asignan a los poderes públicos objetivos económicos y sociales que van más allá de la pura defensa del sistema económico establecido (por ejemplo, artículos 40 y 45 –en general, casi todos los del capítulo 3 del título I– y artículo 130), y siendo así que la Constitución pone a disposición de los poderes públicos técnicas concretas de intervención que son claramente *contra mercado* (arts. 128.2 y 131). En definitiva, la Constitución proclama y garantiza la economía de mercado (art. 38), pero una economía de mercado acomodada a las exigencias de un Estado que define como *Social* (art. 1.1).

A la vista de estos argumentos constitucionales, resulta verosímil afirmar que la Constitución no sólo ha decidido sobre el sistema económico, sino también sobre un modelo específico dentro del sistema económico, la economía *social* de mercado. Si esto es así, hay que ser consecuente: decir que la economía de mercado consagrada en la Constitución es *social* no es algo irrelevante, no puede ser una simple afirmación retórica, una mera licencia literaria; muy al contrario, tiene (debe tener) consecuencias jurídico-constitucionales¹⁴. En puridad, ello significa que en nuestro orden constitucional la intervención pública en la actividad económica privada, y en

¹⁴ Vid. *supra*, capítulo II, apartado 4.2.

particular la dirigida a lograr la igualdad real, es inherente al sistema económico "constitucionalizado" o, en otras palabras, significa que la economía de mercado de nuestra Constitución es una economía intervenida por definición, e intervenida al servicio del objetivo de la igualdad real (entre otros objetivos). De esta forma, la intervención pública en general, y el objetivo "igualdad real" en particular, se constituyen, bien en un cuarto elemento definitorio del sistema económico, bien en algo inherente al contenido esencial de los tres elementos definitorios del sistema económico de la Constitución (propiedad privada, libertad de empresa y mercado).

No creo que la Constitución haya querido ir tan lejos, por al menos dos razones. La primera razón es que el artículo 38 podía haber incorporado el adjetivo *social* a la "economía de mercado", pero no lo ha hecho¹⁶: lo social define al Estado (art. 1.1), pero no al sistema económico¹⁷. Junto a esta razón, quizá menor, hay otra de más peso, que se deriva de la estructura de las normas constitucionales sobre el Estado *Social* descritas en el apartado anterior: ni las normas finalistas imponen la obligación (jurídicamente coercible) de intervenir en la economía privada a los poderes públicos, ni las normas de competencia son de ejercicio obligatorio, sino puramente facultativo, como hemos visto. En verdad, de la cláusula de Estado Social se derivan más posibilidades que exigencias o, en otras palabras, en lo social la Constitución posibilita mucho pero exige poco. En consecuencia, la intervención pública (*sensu stricto*) en la economía privada —en particular en

¹⁵ Por lo mismo que no sería irrelevante definir nuestro Estado Compuesto como federal o regional, o como Estado federal dual o federal cooperativo, si fuera el caso.

¹⁶ Hubo amago de añadir el adjetivo "social" en el proceso constituyente. En concreto, en la enmienda 779 al entonces apartado 1 del artículo 32 (futuro artículo 38) del Anteproyecto de Constitución, la UCD proponía la siguiente redacción: «El Estado reconoce el derecho a la libre iniciativa privada y garantiza un sistema de economía social de mercado»; la justificación era harto simple: «Redacción más conveniente». Pero, como recuerda DE JUAN, «a la postre se acogió la fórmula *economía de mercado* porque la primera expresión pareció a la izquierda un eufemismo paternalista y porque la derecha prefirió emplear un término de significado más preciso y conocido» [DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, ob. cit., págs. 64-65].

¹⁷ Conviene no olvidar en todo caso que la economía de mercado está orientada hacia el interés económico general y no hacia el interés económico particular, bien que el camino para alcanzar el interés general sea el dejar hacer (el *laissez faire*) al interés particular (la célebre mano invisible); sobre esta cuestión, vid. *supra*, capítulo II, apartado 2.1.1.

pro de la igualdad real- es más bien una *opción posibilitada (e incluso alentada)* por la Constitución, y no tanto una exigencia de ésta. No es riguroso, pues, afirmar que la economía de mercado constitucionalizada es una economía *social* de mercado, al menos si se pretende dotar a la expresión de un sentido prescriptivo.

Mi tesis es que la Constitución no consagra modelo específico alguno de economía de mercado. Se trata de una economía abierta, en la que caben distintas políticas económicas y, por tanto, distintos grados de intervención pública en la economía privada. Hay un sistema económico *genérico* garantizado constitucionalmente (la economía de mercado) y tantas economías de mercado *específicas* como los poderes constituidos quieran. Ahora bien, el orden constitucional económico impone límites al pluralismo político. Desde luego, no caben políticas económicas tan socializantes que acaben con la economía de mercado garantizada en el artículo 38: ésta admite en su seno tanta propiedad pública de los medios de producción, como iniciativa pública empresarial y planificación de la actividad económica, pero hasta un límite, traspasado el cual dejar de ser una economía de mercado para ser otra cosa; y ello sólo puede hacerse mediante una reforma constitucional. Pero creo que tampoco caben políticas tan liberales, tan maximizadoras de la economía de mercado, que ignoren por completo que el Estado español es un Estado Social: de la cláusula del artículo 1.1. de la Constitución se derivan algunas (pocas) prohibiciones a las políticas económicas *pro* mercado que es preciso determinar.

En conclusión, la economía de mercado que protege el constituyente no tiene rótulo, admite distintas versiones –las que los poderes constituidos quieran, al albur del pluralismo político–, pero con dos límites: ni cabe una economía *pura* de mercado, porque la cláusula de Estado Social lo impide, ni cabe una economía enteramente *dirigida*, porque la misma garantía de la economía de mercado lo impide¹⁸. La cuestión estriba en saber, por un lado,

¹⁸ Esta es la posición de Aurelio MENÉNDEZ, para quien «a menos que se proceda a una reforma constitucional, no hay espacio, dentro de aquellas fronteras [las de la Constitución], para programas que ignoren los elementos públicos y sociales del modelo constitucionalizado (cláusula de Estado Social), pretendiendo afirmar la validez de un puro sistema de economía liberal con relaciones de producción

hasta dónde pueden llegar las políticas maximizadoras de la economía de mercado, esto es, cuál es la garantía mínima del tipo de Estado (el Estado Social) que debe quedar a salvo de las políticas *pro* mercado; y, por otro lado, hasta dónde pueden llegar las políticas socializantes, esto es, cuál es la garantía mínima del sistema económico constitucionalizado (la economía de mercado) que debe protegerse de las intervenciones públicas *contra* mercado. A lo primero se tratará de responder en el último capítulo de esta tesis. A lo segundo se dedica el siguiente apartado.

1.2. La protección constitucional de la economía de mercado *in toto*.

El enunciado sobre la "economía de mercado" del artículo 38 CE es un enunciado constitucionalmente formalizado, contiene una norma (de Derecho Positivo) del máximo nivel, porque así lo ha querido el constituyente. En dicha norma se define el sistema económico de la Constitución, y esta definición tiene una eficacia prescriptiva evidente: garantiza un determinado sistema económico, una determinada estructuración (organizativa y procedimental) de la actividad económica y, por tanto, prohíbe toda estructuración de la actividad económica que no se acomode al sistema económico constitucionalizado. La cuestión estriba en saber cómo se garantiza la prescripción que contiene, esto es, si cabe una garantía *in toto* de la "economía de mercado"

simplemente autorreguladas por las fuerzas del mercado, ni tampoco para un sistema de economía colectivizada o de dirección central que ignora abiertamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» [MENÉNDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil (lección inaugural del curso académico 1982-1983 de la Universidad Autónoma de Madrid)* (Universidad Autónoma, 1982), pag. 33. También es la posición de ARAGÓN REYES, para el que la Constitución tiene un "modelo genérico" en materia económica, al igual que tiene un modelo genérico en lo que se refiere a la distribución territorial del poder: «Su delimitación es más negativa que positiva (como es lo propio de cualquier modelo genérico): se rechaza la economía enteramente libre y la economía enteramente dirigida (de modo paralelo a como en el plano territorial la Constitución rechaza tanto el Estado federal como el centralista)» [ARAGÓN REYES, M.: «Orden constitucional económico»; en ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I (Civitas, 2001), pag. 167; vid. también ARAGÓN REYES, M.: *Libertades Económicas y Estado Social*, ob. cit., pag. 11].

Obvio es decir que la norma del artículo 38, globalmente considerada, tiene eficacia interpretativa, la propia de todas las normas constitucionales¹⁹. Pero, más relevante que su condición de directriz interpretativa, puramente residual (llamemos a esto garantía positiva), está su condición de límite a la actuación de los poderes públicos (llamemos a esto garantía negativa o garantía a secas). En este sentido, la defensa constitucional de la "economía de mercado" se manifiesta a través de las piezas de que se compone, todas las cuales están reconocidas por la Constitución: la propiedad privada de los medios de producción, en el artículo 33, como derecho fundamental; el mercado, en el artículo 38, como instituto; y la libre iniciativa económica privada, en el mismo artículo 38, bien como presupuesto del instituto del mercado²⁰, bien a través de la libertad de empresa, -configurada como derecho fundamental-, que es una manifestación específica de aquella²¹. Los derechos fundamentales a la propiedad privada y la libertad de empresa y el instituto del mercado son los tres instrumentos a través de los cuales garantiza nuestra Constitución la economía de mercado. Cada uno de ellos tiene vida

¹⁹ Como norma jurídica *global* sobre el sistema económico incorporada a la Constitución, es, por supuesto, parámetro de interpretación de las restantes normas de la Constitución, al objeto de justificar una interpretación determinada de estas. Pero es también, y sobre todo, parámetro *supremo* de interpretación de las normas infraconstitucionales: la condición de *lex superior* que tiene la Constitución hace que esta sea «el contexto sistemático *primario y preferente* a cualquier otro, en el sentido de que prevalece, en caso de conflicto, sobre el sentido inducido de una interpretación sistemática en base a una norma de rango inferior» (SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 481); esto vale para la norma del artículo 38 de la Constitución, que obliga al aplicador del Derecho (al juez) a dar preferencia en el caso concreto a una interpretación *pro* "economía de mercado" de una norma infraconstitucional frente a una interpretación *contra* "economía de mercado" deducida de una norma infraconstitucional.

Pudiera ser que el conflicto interpretativo surgiera entre una interpretación *pro* economía de mercado, deducida del artículo 38 CE, y una interpretación *contra* economía de mercado, deducida de otro precepto constitucional; en este caso estaríamos ante un conflicto "entre iguales". Pensemos, en particular, en un conflicto interpretativo entre la "economía de mercado" del artículo 38 CE y el "Estado Social" del artículo 1.1 o cualquiera de las normas finalistas en que se concreta. En mi opinión, el juez está obligado a decantarse por la interpretación *pro* Estado Social: sobre ello volveremos en el capítulo último de esta tesis.

²⁰ Porque sin iniciativa económica privada no hay mercado, y sin mercado no hay iniciativa económica privada. Entendida en sentido estricto, la "economía de mercado" se compone de la libre iniciativa económica privada y del mercado: vid. *supra*, capítulo II, apartado 3.1.

²¹ En realidad, la libertad de empresa es una manifestación casi omnicomprensiva de la libre iniciativa económica. Sobre ello volveremos en el capítulo VI.

propia, pero ninguno de ellos ha de faltar para no desfigurar el sistema económico proclamado.

Así las cosas, la garantía constitucional de la economía de mercado se articula en un triple nivel, en sentido descendente. Un *primer nivel* es el de la **existencia** misma del sistema económico. La sujeción de todos (poderes públicos y particulares) a la Constitución (art. 9.1) obliga a respetar las determinaciones contenidas en la norma suprema. Ello supone:

- *En primer lugar*, y, ante todo, la prohibición (constitucional) de la abolición general por ley tanto de la propiedad privada como del mercado y de la libertad de empresa y su sustitución por la propiedad pública de los medios de producción, por la dirección pública de la actividad económica o por la actividad empresarial pública, respectivamente. Ello sólo puede hacerse mediante una reforma constitucional, siendo así que la abolición de cualquiera de los elementos de la economía de mercado supondría, *de facto y de iure*, la abolición misma de la economía de mercado constitucionalizada.

- *En segundo lugar*, la garantía de un campo de acción razonable para la propiedad privada, el mercado y la libertad de empresa. Como se ha dicho, hasta la saciedad, la economía de mercado (el capitalismo), es compatible con un cierto volumen de propiedad pública de medios de producción y con un cierto grado de planificación pública de la actividad económica (de *no-mercado*), pero ni la propiedad pública puede ahogar la propiedad privada, ni los sectores de *no-mercado* pueden ahogar a los sectores de *mercado*, pues de lo contrario se desnaturalizaría el sistema y se transformaría otro distinto; tampoco la actividad empresarial pública puede ser de tal extensión que acabe anulando la actividad empresarial privada. En definitiva, debe hacer bienes susceptibles de apropiación privada y actividades económicas susceptibles de iniciativa privada y mercado en un grado razonable.

Un *segundo nivel* es el del **contenido esencial** del sistema económico. A su garantía proveen tanto el instituto como los derechos fundamentales consagrados, e implica un límite a la acción del legislador: el respeto a la imagen maestra del derecho de propiedad privada, del mercado y de la

libertad de empresa. Esto significa que allí donde los bienes no sean de propiedad pública, la ley podrá introducir limitaciones al ejercicio de la propiedad privada, pero no hasta el punto de hacerla impracticable; por lo mismo, en los "sectores de mercado", las limitaciones legales no pueden eliminar en la práctica ni la libertad de empresa ni el mercado.

En el primer y segundo nivel se provee directamente a la defensa de la primacía normativa de la Constitución; se trata, pues, de una garantía puramente abstracta y general, que mira sobre todo al objeto protegido (se garantiza -para todos- la existencia y el contenido esencial del objeto de la norma constitucional: dos derechos fundamentales y un instituto garantizado). Pero queda un *tercer y último nivel*, el del **ejercicio concreto** de la actividad económica privada, esto es, el del ejercicio concreto e individual de los derechos fundamentales de propiedad privada y libertad de empresa. Aquí la garantía -concreta e individual- no mira al objeto de la norma sino al sujeto, y se articula vía judicial ex artículo 24.1 CE: el juez debe tutelar el ejercicio válido de tales derechos fundamentales, de conformidad con lo que dispongan las leyes respetuosas con su contenido esencial.

Aquí ¡sólo! se trata del artículo 38 CE, del instituto del mercado y del derecho fundamental de libertad de empresa. Sobre el derecho de propiedad ya se ha escrito mucho y bien²². A quienes han escrito mucho y bien me remito. Tan sólo quiero dejar claro que, para mí, el derecho de propiedad es un derecho fundamental como lo es la libertad de empresa y que, por lo tanto, no puede confundirse con una garantía institucional, ni ésta con la dimensión institucional del derecho de propiedad. Sobre la distinción entre derecho fundamental, garantía institucional y dimensión institucional de los derechos fundamentales me remito al capítulo siguiente.

²² Vid., sobre todo, REY MARTINEZ, F.: *La propiedad privada en la Constitución española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MERCADO.

2.1. El mercado, ¿instituto garantizado?

Sabido es que la "garantía institucional" es una categoría acuñada en los años veinte por la doctrina alemana²³, con la que se persigue la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen *in nuce* en la Constitución. La garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra («Leit-Bild»)²⁴. Este es su significado típico, que en un principio se circunscribe a instituciones públicas (instituciones en sentido estricto –se habla así de garantías «institucionales» o garantías «de institución»–), pero que después se proyecta sobre instituciones privadas (institutos –se habla así de garantías «de instituto»–) e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales (se habla así de garantías de instituciones sociales).

El Tribunal Constitucional acoge formalmente la categoría en la sentencia 32/1981, en su famoso fundamento jurídico 3. El Tribunal no nos dice lo que es una institución, aunque parece considerarlas organizaciones²⁵, enunciadas pero no reguladas en la Constitución. No se protegen todas las instituciones,

²³ Señala SOLOZABAL que el «concepto es utilizado por GIESE, en 1919, o por M. WOLF, en 1923, al referirse a la protección constitucional de los derechos de propiedad o herencia, o por SMEND, en 1917, cuando ... habla del "derecho fundamental de la universidad alemana», queriendo significar la posición jurídica correspondiente a una gran institución pública» (SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J., «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales»; 32 REDC, pág. 86). Pero el primero en elaborar sistemáticamente la categoría es C. SCHMITT (en «Teoría de la Constitución», 1928; «Derechos de libertad y garantías institucionales de la Constitución del Reich», 1931; y «Derechos y deberes fundamentales», 1932).

²⁴ La "imagen maestra" es resistente al legislador, pero no al paso del tiempo: la institución puede evolucionar con el tiempo, evolución que puede incluso ser impulsada de modo consciente por el legislador.

²⁵ Dice que las normaciones que protegen las instituciones garantizadas «son, sin duda, normaciones *organizativas*», que se diferencian de las normaciones de las «instituciones supremas del Estado, cuya regulación *orgánica* se hace en el propio texto constitucional» en que la «configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario» (las cursivas son mías).

sino aquellas a las que se considera «componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales»; en otras palabras, «las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional»; en definitiva, el Tribunal parece reservar la garantía a instituciones que, siendo esenciales dentro del orden constitucional, no están reguladas en el texto constitucional. El contenido de la garantía es el típico: «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», de manera que la garantía «es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre». Por último, la garantía se dirige a todos los poderes públicos («Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas»), especialmente frente al legislador (a quien se «defiere» «la configuración institucional concreta»).

A partir de esta declaración general, el Tribunal Constitucional ha utilizado la noción de garantía institucional para proteger determinadas formas o regímenes de autogobierno territorial previstas en la Constitución, pero no reguladas en ella: la autonomía local (arts. 137, 140 y 141)²⁶ y el régimen foral (Disposición Adicional Primera)²⁷. Ha encontrado instituciones garantizadas

²⁶ En la citada STC 32/1981. Ha hecho después aplicación de la doctrina general en SSTC 27/1987 (fj 2), 213/1988 (fj 2), 259/1988 (fj 2), 179/1989 (fj 9), 214/1989 (fj 1), 40/1998 (fj 39), 109/1998 (fj 2), 11/1999 (fj 2), 159/2001 (fj 4) o 204/2002 (fj 13). La autonomía local ha sido regulada por la Constitución –si quiera sea mínimamente– en su vertiente orgánica (arts. 140 y 141.2) pero no en su vertiente competencial –sobre la que guarda silencio–, y es en esta vertiente competencial en la que se centra la jurisprudencia constitucional.

²⁷ En la STC 76/1988 (vid. fj 4): la institución garantizada es el régimen foral, «un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, su “foralidad”» y la garantía consiste en la preservación de la «imagen identificable de ese régimen foral tradicional», tanto en sus aspectos organizativos como competenciales («tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder»), «pero no todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado»; en definitiva, el reducto indisponible al legislador, protegido por la garantía institucional, es «un régimen de autogobierno con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos». Vid. también STC 159/1993, en donde se vierte la doctrina sentada en la sentencia anterior (vid. fj 4) y

dentro de los principios rectores de la política económica y social: la Seguridad Social (art. 41)²⁸ y la familia (art. 39.1)²⁹ o los colegios profesionales (art. 36), pero no las organizaciones profesionales a las que se refiere el artículo 52³⁰. Ha incorporado la garantía institucional a los derechos fundamentales, al socaire de su dimensión objetiva o institucional, en un caso para reforzarlos: así lo ha hecho con las libertades de expresión e información del artículo 20, cuya dimensión institucional, esto es, su condición de «garantía institucional de la opinión pública»³¹, les otorga prevalencia en caso de colisión frente a los derechos artículo 18.1³²; y en dos casos para debilitarlos como derechos subjetivos: a saber, el derecho de propiedad³³ y la libertad de empresa³⁴. Ha

se aplica en relación con la integración en la Ertzaintza del Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava.

²⁸ STC 37/1994 (fj 4), tesis confirmada por SSTC 129/1994 (fj único) y 206/1997 (fj 5).

²⁹ STC 116/1994, en cuyo fj 13 se dice (eso sí, a título incidental): «y sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un "reducto indisponible o núcleo esencial" del mismo (...), a cuya preservación "en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (...) la Constitución obliga ...».

³⁰ En la STC 179/1994 se dice que, a diferencia del supuesto del artículo 36 (colegios profesionales), en el artículo 52 «no hay [...] una propia garantía institucional de estas organizaciones profesionales» (fj 4). La pregunta es: ¿por qué?

³¹ Desde la STC 6/1981, el Tribunal Constitucional ha declarado hasta la saciedad que las libertades de expresión e información tienen un doble carácter, de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre, institución política fundamental indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático (vid. por ejemplo, SSTC 104/1986 -fj 5-, 159/1986 -fj 6-, 40/1992 -fj 1-, 219/1992 -fj 2-, 240/1992 -fj 3- o 178/1993 -fj 2). La institución garantizada es, pues, la etérea opinión pública, mientras que la garantía de la institución son los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, en su dimensión objetiva.

³² Prevalencia -como es sabido- condicionada al cumplimiento de algunos requisitos: veracidad de la información (sobre el requisito de la veracidad, vid. por ejemplo, STC 178/1993), carácter no insultante de la opinión (sobre ello, vid., por ejemplo, STC 85/1992,) y, para ambos derechos, relevancia pública de la información u opinión (vid. la citada STC 178/1993). El Tribunal Constitucional ha ido matizando con el tiempo esta posición prevalente; véase, por ejemplo, la STC 320/1994 (fj 2), «No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos fundamentales, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente».

³³ El Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 111/1983 y 37/1987) estructura el derecho de propiedad en dos vertientes:

- Una importantísima vertiente *institucional*, que deriva de la función social que cada categoría de bienes objeto de propiedad está llamada a cumplir. Esta función se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de facultades y responsabilidades del propietario. El Tribunal

localizado instituciones conexas a derechos fundamentales: claramente la protección frente al uso de la informática (artículo 18.4), a la vez un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor (y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos) y un derecho o libertad fundamental (la llamada libertad informática)³⁵; y, en alguna sentencia aislada, el *habeas corpus* ex artículo 17.4 -garantía institucional que resulta de la tutela judicial (sic)³⁶- y la publicidad de las actuaciones procesales ex artículo 120.1 -garantía institucional inmediatamente ligada al derecho a un proceso público (art. 24.2) y al derecho a recibir libremente información (art. 20.1.d)³⁷. Ha acabado calificando de derecho fundamental la autonomía universitaria, aunque la ha configurado como la dimensión institucional de la libertad académica, que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra³⁸. Por último, recientemente ha dudado, pero no ha negado, que el régimen económico-fiscal de Canarias -al que alude la Disposición Adicional Tercera de la Constitución- esté cubierto por una garantía institucional³⁹.

La doctrina de la garantía institucional supone un esfuerzo loable por

Constitucional no habla abiertamente de garantía institucional, salvo en una ocasión: en la STC 28/1999 (fj 7), en la que se alude a la **garantía institucional** de la propiedad privada como un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de las libertades de circulación y residencia (fj 7).

▪ Una vertiente *individual*: es un derecho subjetivo debilitado por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico cuando el interés social o la utilidad pública legitiman la expropiación.

³⁴ Sobre la naturaleza de la libertad de empresa, me remito a lo que se dirá en el capítulo siguiente.

³⁵ Por todas, la primera sentencia al respecto, la STC 254/1993 (fj 6), y la última, la STC 292/2000 (fj 5).

³⁶ «... el citado precepto constitucional no contiene propiamente un derecho fundamental sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial en todas sus vertientes» (STC 44/1991, fj 2).

³⁷ En el fj 4 de la STC 13/1985 se dice: «La regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, ante todo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el artículo 120.1 de la Constitución, según el cual «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»; y se añade: «La admisión que hace esta misma disposición constitucional de excepciones a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: derecho a un proceso público, en el artículo 24.2 de la Constitución, y derecho a recibir libremente información».

³⁸ STC 26/1987, fj 4.

³⁹ SSTC 16/2003 (fj 7) y 62/2003 (fj 4).

asegurar un contenido fijo, mínimo e inderogable a determinados conceptos constitucionales⁴⁰. La justificación última se encuentra -como sugiere SANTAMARÍA PASTOR- «en el carácter normativo de los preceptos constitucionales, que en modo alguno pueden concebirse como hojas en blanco sobre las que el legislador pueda escribir a su capricho»⁴¹. Pero la garantía institucional, en su esfuerzo por asegurar la primacía normativa de la Constitución, se ha convertido en una especie de cajón de sastre en el que cabe todo: cualquier objeto recogido en la Constitución -y no sólo una organización- que el intérprete considere digno de protección a la luz del texto constitucional es susceptible de convertirse en una institución garantizada⁴². Como se acaba de ver, nuestro Tribunal Constitucional aplica la garantía institucional a principios constitucionales (la autonomía local, la publicidad procesal), regímenes especiales de carácter territorial (el régimen foral) o económico-fiscal (el de Canarias), principios rectores de la política social (la seguridad social, la familia o los colegios profesionales), e incluso a derechos fundamentales (con resultados dispares). Son objetos demasiado heterogéneos que, además, casi siempre reciben la calificación de garantía institucional sin una fundamentación sobre su condición de «componentes esenciales» o «elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional»⁴³.

Creo que en torno a la idea de garantía institucional conviene hacer dos

⁴⁰ Esfuerzo muy explicable en la Constitución de Weimar (en cuyo contexto surgió la doctrina), habida cuenta de la protección que en virtud de esta doctrina se otorga a las instituciones amparadas por ella es superior a la que disfrutaban los derechos fundamentales consagrados, que no están asegurados frente al legislador, sino tan sólo frente a la Administración. Sobre esto se volverá en el capítulo siguiente, al analizar la naturaleza de la libertad de empresa.

⁴¹ Añade el autor: «antes bien, los términos utilizados por la norma fundamental poseen, en cada momento histórico, un contenido semántico determinado; evocan, con un cierto grado de aproximación, un estereotipo o imagen característica realmente existente en la cultura jurídica, que todos los poderes públicos deben respetar» [SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo* (CEURA, 1991), pág. 462].

⁴² Contra el abuso de lo institucional se ha alzado una parte de la doctrina alemana (Maunz-Durig-Herzog, en su *Kommentar*, y Stern, entre otros); sobre esta cuestión, vid. GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial* (Civitas, 1994), págs. 61 y ss.

precisiones que considero importantes:

- La primera: *una cosa es que el significado de los conceptos constitucionales básicos deba ser protegido frente al legislador y otra es que todo concepto constitucional que se estime básico sea considerado una institución y protegido como tal*⁴⁴.

Por poner un ejemplo: una cosa es que el concepto “flagrante delito” no pueda ser interpretado a su antojo por el legislador –como acertó a ver el Tribunal Constitucional⁴⁵- y otra cosa es que el “flagrante delito” sea una institución garantizada por la Constitución. Se hace preciso, por tanto, delimitar la noción de “institución”, si no se quiere que pierda sentido por excesiva amplitud de su contenido. Entiendo que, a efectos de garantía institucional, la noción debe reservarse para organizaciones o formas de organización (tanto públicas como privadas, tanto jurídicas como sociales o económicas) no reguladas por la Constitución, pero sí reconocidas por ésta y, además, con fines de protección. Fuera de ello puede haber otras cosas, igualmente dignas de protección –de garantía constitucional-, pero no instituciones en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, la “Seguridad Social” o la “familia”, por ejemplo, pueden calificarse como instituciones: ambas son organizaciones (pública la una –“institución” *sensu stricto*-, privada la otra - “instituto”-) no reguladas, pero sí enunciadas por la Constitución con una evidente finalidad protectora⁴⁶. No

⁴³ Condición que es inequívoca en algunas de las instituciones garantizadas (la autonomía local), pero que es más difícil de defender en otras (el régimen foral o los colegios profesionales, por poner dos ejemplos).

⁴⁴ Como dice SANTAMARÍA PASTOR, el respeto del contenido semántico de los términos enunciados por la Constitución por parte de los poderes públicos es una característica que «no es privativa de los derechos fundamentales o de determinadas instituciones, sino de todos los conceptos que desempeñan un papel básico en la estructura política y social que la CE diseña» [SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 462].

⁴⁵ Vid. STC 304/1993, fj 8.

⁴⁶ Los términos de los artículos 39.1 («Los poderes públicos aseguran») y 41 («Los poderes públicos mantendrán») son inequívocos al respecto. Esta finalidad protectora no parece encontrarse en la referencia constitucional al régimen económico-fiscal de Canarias: la Disposición Adicional Tercera tan sólo contiene un mandato para que la modificación de dicho régimen se haga con informe previo de la Comunidad Autónoma; de ello es consciente el propio Tribunal Constitucional, que

ocurre lo mismo, por ejemplo, con la "publicidad procesal", que nada tiene de organización: se trata de un principio constitucional (más bien una regla general), que merece sin duda protección constitucional –la que se deriva de la norma constitucional en la que se enuncia⁴⁷, pero no la que ofrece la garantía institucional.

- En segundo lugar, *una cosa es una institución y otra la garantía que la Constitución otorga a esa institución.*

La afirmación viene a cuento porque la Constitución contiene en ocasiones determinaciones que modulan la garantía de la institución. Un ejemplo de ello lo tenemos en la Seguridad Social, que es una institución incorporada a la Constitución con fines protectores, pero lo que la Carta Magna protege expresamente no es la Seguridad Social, sino algo mucho más concreto: un régimen público de Seguridad Social; la institución es la Seguridad Social, lo específicamente garantizado (la garantía institucional) es la naturaleza pública de la misma⁴⁸. Creo que lo mismo sucede con la llamada autonomía local e incluso con la foralidad: a mi parecer, el objeto protegido (la institución) son las entidades locales y los territorios históricos, y la garantía de la Constitución (la garantía institucional) es la autonomía de las primeras y el peculiar régimen de autogobierno de los segundos, cuyo núcleo básico debe ser preservado frente a la configuración concreta que haga el legislador.

Y la afirmación viene también a cuento porque, en otras ocasiones, la Constitución, al incorporar una institución concreta, transforma su condición de

encuentra una diferencia clara entre esta Disposición Adicional Tercera y la Primera, que «expresamente "ampara y respeta" derechos históricos» (vid. STC 16/2002, f. 6). En mi opinión, en la citada Disposición Adicional Tercera no hay garantía institucional alguna; no basta que una institución se mencione en la Constitución para merezca protección, esa protección debe deducirse claramente del enunciado constitucional.

⁴⁷ Que prohíbe convertir el secreto en la regla general y la publicidad la excepción, y que exige que las excepciones se prevean en normas con rango de ley.

⁴⁸ Acierta el Tribunal Constitucional por ello al decir que el artículo 41 de la Constitución «consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... un núcleo o reducto indisponible para el legislador» [STC 32/1981, fundamento jurídico 3], de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada

tal, convirtiéndola en otra cosa; en otras palabras, otorga una garantía no institucional a objetos que, fuera de la Constitución, son considerados instituciones. Así ocurre, por ejemplo, con la propiedad y la empresa, institutos que han sido incorporados a la Constitución y garantizados por ella no como tales institutos, sino como derechos subjetivos fundamentales: la garantía que les otorga la Constitución no es una garantía institucional sino "iusfundamental". Derecho fundamental y garantía institucional son cosas cualitativamente distintas, que no se pueden confundir, como tampoco se puede confundir la garantía institucional con la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales; sobre todo esto se volverá en el capítulo siguiente, al analizar la naturaleza de la libertad de empresa.

El mercado encaja en la definición de institución que he acotado. Decía en el capítulo II que las economías de *mercado* se caracterizan por estar formadas por una pluralidad de economías individuales (productores y consumidores), cada uno de los cuales toma sus propias decisiones económicas con arreglo a sus planes individuales. Todas estas decisiones se coordinan en los mercados, espacios para el intercambio, en los que se realizan las transacciones y se determinan los precios. El mercado es el gran coordinador de los planes de los múltiples agentes económicos que operan en un sistema, como el de economía de mercado, que es por definición descentralizado.

El mercado es la forma de organización de la actividad económica en el sistema de "economía de mercado". Es, por tanto, una forma de organización (económica) no regulada pero sí reconocida en la Constitución, en su artículo 38, que alude expresamente a la economía de mercado, a la economía *basada en* el mercado como mecanismo de coordinación de la actividad económica, por contraposición a la economía *dirigida o planificada*, en la que la coordinación –la dirección misma– de la actividad económica se basa en planes (públicos) elaborados por una autoridad central (pública). Y esta forma de organización se reconoce en la Constitución con fines de protección, como se deduce de su vinculación a la libertad de empresa, reconocida como

tiempo y lugar» [SSTC 26/1987, fundamento jurídico 4.º y 76/1988, fundamento jurídico 4.º]» (STC 37/1994, f.º 3.b).

derecho fundamental y, por tanto, protegida por la Constitución (artículo 53.1). Sin mercado al que acudir con lo producido carece de sentido la iniciativa económica privada y, en consecuencia, carece de sentido la libertad de empresa: la protección constitucional de ésta implica necesariamente la protección constitucional del mercado. Este es, por lo demás, un componente esencial, un elemento arquitectural indispensable del sistema económico "constitucionalizado" y, por ende, del orden constitucional (económico)⁴⁹, tal como exige la STC 32/1981 para dotarle de la protección que la garantía institucional supone.

En el primer inciso del artículo 38 de la Constitución se reconoce un derecho fundamental, la libertad de empresa y, al mismo tiempo, un instituto propiamente dicho, el mercado. Uno y otro se implican mutuamente: la libertad de empresa exige mercado y el mercado exige libertad de empresa. Y uno y otro se refuerzan mutuamente, porque, cuando coexisten garantía institucional y derecho fundamental, la primera sirve para fortalecer y proteger al segundo, pero no para limitarlo⁵⁰. En concreto, la libertad de empresa -aparte de dotar de sentido al mercado- refuerza la garantía de un mercado *libre* (con libertad de acceso), mientras que el mercado -aparte de dotar de sentido a la libertad de empresa - refuerza la garantía de la libertad de contratación en general, y de la libertad de fijación de precios en particular, que integran el contenido esencial de la libertad de empresa. Sobre esto último -el contenido esencial de la libertad de empresa- se tratará en el capítulo VII; sobre la garantía institucional del mercado se trata inmediatamente.

2.2. La "imagen maestra" del mercado.

⁴⁹ Casi huelga decir por qué, a la vista de todo lo relatado hasta ahora: el mercado es una de las piezas de la "economía de mercado", y ésta es una de las columnas que sostienen el orden económico de la Constitución.

⁵⁰ Así lo entiende JIMÉNEZ BLANCO, cuya opinión suscribo: vid. JIMÉNEZ-BLANCO, A.: «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución»; en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II (Civitas, 1991), pág. 648.

2.2.1. Lo que el mercado “es”: el intercambio a través del mecanismo privado de los precios.

Decía en el capítulo II que las diversas formas de mercado (competencia perfecta, oligopolio y monopolio) difieren en los oferentes (muchos, pocos o uno) y en cómo se determina el precio (por la acción inconsciente de todos – competencia perfecta–; o por la acción consciente de los oferentes, sujeta sólo a las condiciones de la demanda –monopolio–, o también a la acción de los competidores –oligopolio), pero en todas ellas la coordinación de las decisiones económicas se lleva a cabo mediante el intercambio y a través del mecanismo privado de los precios. Lo que hace “reconoscible” al mercado como instituto es su condición de espacio para el intercambio (en sentido dinámico el mercado es el intercambio mismo) y para la determinación de los precios: **libre intercambio** en general, y **libre fijación de precios** en particular, son las señas de identidad del mercado como instituto coordinador de la multiplicidad de planes económicos individuales del sistema de “economía de mercado”. Es verdad que el precio es una de las condiciones del intercambio, por lo que la libre fijación de precios podría quedar subsumida en el libre intercambio, que sería en solitario la esencia del mercado. Sin embargo, como ya se ha dicho en el capítulo II, los precios son algo más que una condición del intercambio: éste se produce precisamente a partir de la información que suministran los precios, y a través de estos el mercado facilita el intercambio y provee a la resolución del problema de la asignación de los recursos productivos. Puede decirse que el precio es el núcleo duro del intercambio y, por ende, del mercado, siendo así que lo que diferencia una economía de *mercado* de una economía *planificada* es que el precio queda al arbitrio de los agentes económicos privados, en manos de la autonomía privada, y no en manos de una autoridad pública.

En general, no hay mercado, sino planificación pública, allí donde no hay libre intercambio, sino imposición pública de las condiciones subjetivas (oferentes y demandantes) y objetivas (precios y cantidades) del intercambio; en especial, no hay mercado, sino planificación pública, allí donde el precio es

fijado e impuesto por decisión pública, aún cuando no queden determinadas públicamente las demás condiciones del intercambio. Ciertamente, el mercado consiente un cierto grado de intervención pública, esto es, un cierto grado de condicionamiento al libre intercambio, así como un cierto grado de control sobre los precios (precios máximos o mínimos), pero hasta un límite, traspasado el cual la situación de "mercado" deviene situación de "no mercado", la actividad de mercado deviene actividad planificada; y el límite se traspasa cuando se imponen forzosamente las condiciones del intercambio, sin dejar resquicio alguno a la libertad, o cuando la fijación privada de los precios (con o sin poder al respecto por los oferentes) se sustituye totalmente por la fijación pública de los mismos.

Me interesa sobre todo lo relativo al mecanismo privado de los precios, el núcleo duro del mercado. No discuto lo que *debe ser*, si los precios públicos son buenos o malos, sino lo que *es*, si se puede hablar de mercado allí donde no hay en absoluto fijación privada de precios. Desde luego, no lo hay cuando una actividad está reservada a los poderes públicos y es prestada por estos (directa o indirectamente –mediante concesión privada) mediante un precio público (una tarifa). Pero hoy los tiempos van por otros derroteros: la tendencia general actual es privatizar los antiguos servicios públicos, pero también a someterlos a una intensa "regulación económica", por su consideración de actividades privadas de interés general; es el caso, por ejemplo, de las actividades económicas relacionadas con el petróleo, gas, electricidad o telecomunicaciones –los llamados "sectores regulados"-. La cuestión es si las actividades económicas privadas en estos importantísimos sectores son o no actividades de mercado en sentido estricto.

Sector "regulado" es un sector sometido a "regulación económica". La expresión alude a la actividad pública de control de precios y de imposición de restricciones en el ejercicio de ciertas actividades económicas⁵¹. La "regulación económica" algo cualitativamente distinto de la llamada "policía administrativa"⁵²: ésta es una regulación externa, que hace referencia a

⁵¹ LASHERAS, M.A.: *La regulación económica de los servicios públicos* (Ariel Economía, 1999), pág. 16.

⁵² ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*, ob. cit., pág. 50.

determinadas condiciones externas (de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física) en las que se desarrolla la actividad de que se trata, pero sin entrar en el interior de ella ni predeterminar las decisiones empresariales; por el contrario, aquella es una regulación interna, que sí predetermina las decisiones empresariales (el *quantum* de producción, las zonas o mercados que sirve cada empresa, los precios o retribuciones que se perciben, etc.). En definitiva, a través de la regulación «el poder público [...] podrá determinar, entre otras cuestiones, qué empresas pueden participar en el mercado y si debe existir un número máximo de estas, en qué condiciones pueden hacerlo o decidir cuál debe ser la calidad y el precio del producto o servicio ofrecido»⁵³.

La regulación económica ha presidido tradicionalmente nuestros servicios públicos; en ella el regulador público asumía la mayoría de las decisiones y, en la práctica, sustituía al mercado: eran actividades planificadas públicamente, no privadamente. No obstante, ha cobrado un sentido distinto en las más recientes leyes sectoriales privatizadoras en España: las del sector eléctrico [*Ley 54/1997, de 27 de noviembre (BOE de 28-XI-1997)*], hidrocarburos [*Ley 34/1998, de 7 de octubre (BOE de 8-X-1998)*] o telecomunicaciones [*Ley 32/2003, de 3 de noviembre (BOE de 4-XI-2003)*]⁵⁴. En estas leyes, la regulación «no tiene como objetivo central el “control” –del sistema y sus operadores- sino que, por el contrario, trata de promover la competencia allí donde sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad y precio del servicio- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural»⁵⁵. Frente a la regulación económica clásica, basada en la reserva de la actividad al Estado y el control de la actividad económica privada (ejercida mediante concesión), la nueva

⁵³ CASES PALLARÉS, LI.: *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia* (Marcial Pons, 1995), pág. 25.

⁵⁴ Esta Ley, que deroga la anterior sobre el particular (Ley 34/1998, de 14 de abril), incorpora el nuevo marco europeo regulador de las comunicaciones electrónicas, integrado por diversas disposiciones comunitarias y, según su exposición de motivos, supone una profundización en la liberalización del sector ya producida en la normativa anterior.

⁵⁵ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercados de empresas* (Comares, 2003, 2.ª ed. Ampliada), págs 9-10.

regulación económica parte de la titularidad privada de las actividades antes reservadas y su objetivo no es controlar a las empresas, sino garantizar la prestación de un servicio de calidad a todos los ciudadanos: «Por lo tanto, el cambio fundamental consiste en una verdadera *despublicatio*: las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada. Ahora bien, dichas actividades son todavía de *responsabilidad estatal* en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deben llegar a todos los ciudadanos»⁵⁶; esto es, la actividad económica se liberaliza, queda en manos privadas, pero con la carga de suministrar el servicio a todos los ciudadanos, por ser una actividad de interés general: es el llamado "servicio universal"⁵⁷.

En realidad, no todos los sectores "regulados" están igualmente liberalizados ni todas las actividades están liberalizadas. Hay sectores fuertemente liberalizados, como el sector petrolífero o el de telecomunicaciones: en ambos hay plena libertad de intercambio y de fijación de precios en la actividad final de suministro del producto o servicio al consumidor final⁵⁸, aunque con la carga del servicio universal⁵⁹ y con algunas limitaciones⁶⁰. En el sector petrolífero, las actividades previas al suministro

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 14.

⁵⁷ Concepto importado del Derecho Comunitario y hoy definido en las Leyes del Servicio Postal Universal (artículo 15.1.1 de la Ley 24/1998) y de Telecomunicaciones (Ley 32/2003). El artículo 22.1 de esta define el servicio universal como «conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible». La garantía de este servicio puede suponer la determinación pública de precios (tarifas) para determinados consumidores (vid art. 22.1.e y d de la Ley 32/2003); si este precio es inferior al coste y si, en general, la obligación de prestación del servicio universal supone una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación, se establece un mecanismo compensatorio para que el prestador del servicio no soporte esa carga (art. 24 de la Ley 32/2003).

⁵⁸ Vid. arts. 2.2, 37, 38 y 43.2 de la Ley de Hidrocarburos y 2 y 5 de la Ley de Telecomunicaciones.

⁵⁹ Vid. arts. 49 a 53 de la Ley de Hidrocarburos y 22 a 24 de la Ley de Telecomunicaciones.

⁶⁰ En el caso de los hidrocarburos, las medidas que puede imponer el Gobierno en caso de escasez de suministro, entre las que se encuentran la intervención de los precios de venta al público (art. 49.2 de la Ley de Hidrocarburos). En el caso de las telecomunicaciones, las que se derivan del uso del espacio radioeléctrico por los operadores del servicio: el espacio radioeléctrico es un bien de dominio público de titularidad estatal (art. 43 de la Ley de Telecomunicaciones) cuyo uso por los operadores exige concesión administrativa (art. 45), siendo así que el Ministerio de

(refino, almacenamiento, transporte y distribución) son libres⁶¹, sin más obligaciones que la exigencia de autorización administrativa reglada para la construcción de instalaciones de refino transporte o almacenamiento⁶², así como la de permitir el acceso de terceros a las instalaciones de transporte y almacenamiento⁶³. Por su parte, en el sector de las telecomunicaciones, la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas es libre, sin exigirse siquiera autorización previa⁶⁴, con obligación de permitir el acceso de terceros a esas redes⁶⁵.

En el sector eléctrico y del gas la liberalización es menor. Hoy se puede decir que está razonablemente *liberalizada* la actividad de *suministro*⁶⁶. Ello ocurría en un primer momento sólo para los grandes consumidores – los llamados “consumidores cualificados”⁶⁷-, que podían tanto elegir suministrador y adquirir la electricidad y el gas a precio libre, pero no para los pequeños consumidores –los llamados “consumidores a tarifa”-, que no podían elegir

Ciencia y Tecnología puede limitar el número de concesiones y, por tanto, cerrar el mercado, cuando sea preciso para garantizar el uso eficaz de dicho espacio (art. 44.2).

⁶¹ Vid. art. 37 de la Ley de Hidrocarburos. No obstante, vid. art. 4, que sujeta a planificación obligatoria algunos aspectos de la actividad. Lo que no es libre es la explotación de yacimientos y almacenamientos subterráneos de hidrocarburos: estos son bienes de dominio público estatal (art. 2.1) cuya explotación está sujeta a concesión administrativa (art. 24).

⁶² Vid. arts. 39 y 40. La autorización tendrá carácter reglado.

⁶³ Vid. artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos. El precio por el acceso de terceros a estas instalaciones se negocia entre las partes: son, por tanto, precios privados, aunque el Gobierno los fija públicamente (peajes de acceso) en determinados supuestos (acceso a territorios insulares y a zonas del territorio nacional donde no existan infraestructuras alternativas de transporte o donde estas se consideren insuficientes).

⁶⁴ Tan sólo notificación a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) (art. 6 de la Ley de Telecomunicaciones).

⁶⁵ Vid. artículos 11 a 15 de la Ley de Telecomunicaciones. Al igual que en los hidrocarburos, el precio de acceso a las instalaciones se negocia entre las partes. La CMT se reserva poderes de intervención (art. 4.2), especialmente para con los operadores con poder significativo de mercado, a quienes puede obligar a controlar sus precios (art. 13).

⁶⁶ Vid. arts. 11.3 de la Ley eléctrica y 60.1 de la Ley de Hidrocarburos.

⁶⁷ En la redacción originaria de estas leyes, consumidores cualificados son los grandes consumidores (las empresas), los que consumen a partir de un determinado nivel de energía o gas (vid. DT 13.ª de la ley eléctrica y DT 5.ª de la ley de hidrocarburos); el resto (los consumidores domésticos) son consumidores a tarifa. Los consumidores cualificados pueden adquirir la electricidad y el gas directamente de los productores o a través de los comercializadores.

suministrador y estaban sujetos a precios fijados administrativamente (tarifas). Sin embargo, desde el 1 de enero de 2003 todos los consumidores de electricidad y gas natural tienen la condición de cualificados, con independencia de su nivel de consumo⁶⁸ y, en consecuencia, los “consumidores a tarifa” pueden elegir entre continuar como tales –mientras subsistan las tarifas- o pasar a ser “consumidores cualificados”, con lo que ello comporta: libre elección de suministrador y precios libres⁶⁹.

Por su parte, las actividades previas al suministro (el transporte y la distribución de la electricidad⁷⁰; la regasificación, almacenamiento estratégico, transporte y distribución del gas) son declaradas actividades *reguladas* y, por tanto, no prestadas en régimen de libre competencia⁷¹: se exige autorización administrativa previa para la construcción de instalaciones al respecto⁷², se permite el acceso a la red de terceros mediante el pago de un precio público (un peaje) fijado por el Gobierno⁷³, la remuneración por el ejercicio de estas actividades está fijada administrativamente⁷⁴ y, en fin, todas estas actividades se llevan a cabo bajo la coordinación de un operador⁷⁵. En lo relativo, pues, al

⁶⁸ Artículos 11 y 19 del *Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y servicios*.

⁶⁹ Todo esto en teoría, porque la realidad parece ir por otros derroteros. Pero esto es algo que no me compete analizar.

⁷⁰ La producción de energía eléctrica es actividad liberalizada (vid. art. 11.1 y título IV –arts. 21 y ss- de la ley eléctrica).

⁷¹ Vid. arts. 11.2 de la ley eléctrica y 60.1 de la ley de hidrocarburos.

⁷² Vid. arts. 36 y 40 de la ley eléctrica y 67 y 73 de la ley de hidrocarburos. Las autorizaciones en ningún caso se entienden concedidas en régimen de monopolio ni conceden derechos exclusivos.

⁷³ Vid. arts. 38 y 42 de la ley eléctrica y 70 y 76 de la ley de hidrocarburos. Las leyes no sólo exigen que las redes de transporte y distribución de electricidad y gas estén abiertas al acceso de terceros, sino que también permiten la libre instalación de líneas directas de transporte y distribución (arts. 43 de la ley eléctrica y 78 de la ley de hidrocarburos).

⁷⁴ Vid. arts. 16.2 y 3 de la ley eléctrica y 69 y 75 de la ley de hidrocarburos.

⁷⁵ En el sector eléctrico, la gestión económica y técnica del sistema (que es actividad regulada –art. 11.2 de la ley eléctrica) se encomienda dos sociedades mercantiles: el operador de mercado (la gestión económica del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica –art. 33 de la ley eléctrica) y el operador del sistema (la gestión técnica, esto es, la garantía de la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte –art. 34 de la ley eléctrica). En el sector del gas, el Gestor técnico del sistema gasista –sistema definido en el artículo 59 de la ley de hidrocarburos- es el transportista dominante, aquel que sea titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de

uso de la red de transporte y distribución de la electricidad y el gas (un monopolio natural) prima la regulación, aunque con elementos de mercado.

Como se ve, petróleo y telecomunicaciones son sectores de mercado: hay libertad de intercambio y de fijación de precio; pero son sectores intervenidos porque son de interés general, porque hay que garantizar el suministro o la prestación del servicio a todos los ciudadanos; en estos sectores *hay mercado con regulación, pero hay mercado*. En lo que respecta a la electricidad y el gas, sus leyes reguladoras (arts. 11 y 60 respectivamente) han trazado nítidamente la frontera entre las actividades no reguladas (las de suministro, prestadas en régimen de libre competencia) y las reguladas (las previas al suministro): en las primeras *hay mercado con regulación, pero hay mercado*, y por ello hay libertad de intercambio y un espacio de libertad para la fijación privada de precios; en las segundas *se recrea el mercado*, pero no hay propiamente mercado sino regulación –*hay regulación con mercado*–, y por ello, aunque sí hay un espacio para el intercambio privado, no hay espacio para la fijación privada de precios.

En resumen, en los “sectores regulados” hay actividades reguladas, que se justifican, bien por la necesidad de garantizar la prestación de un servicio esencial a todos los ciudadanos sin exclusión (el servicio universal), bien por la existencia de situaciones de monopolio natural⁷⁶. La fijación pública de precios sólo tiene sentido económico en las actividades reguladas, que son justamente aquellas en las que el mercado no funciona como mecanismo eficiente de asignación de recursos. La regulación económica sustituye al mercado, y allí donde hay fijación pública de precios hay regulación económica y no hay

gas natural [art. 58.b) de la ley de hidrocarburos]; la gestión técnica del sistema gasista se regula en los arts. 64 y 65.

⁷⁶ Un monopolio natural se da «cuando una determinada tecnología impone una función de costes según la cual resulta más caro producir la cantidad demandada de un determinado bien o servicio por dos o más empresas que por una sola»; así, «transmitir electricidad a alta tensión es más caro cuando se realiza utilizando varias redes de transporte no conectadas entre sí que cuando se utiliza una sola; se dice entonces que la red de alta tensión constituye un monopolio natural» [LASHERAS, M.A.: *La regulación económica de los servicios públicos*, ob. cit., pág. 32]. El monopolio natural es una de las situaciones en las que el mercado no puede conseguir asignaciones eficientes de recursos y constituye un argumento para defender la regulación en todo lo relativo a la instalación y gestión de las infraestructuras (las redes) de los antiguos servicios públicos.

mercado. Un mercado con precios públicos es cualquier cosa menos un mercado.

2.2.2. Lo que el mercado debe ser: un mercado libre y competitivo.

2.2.2.1. La libertad de acceso al mercado.

Hemos dicho hasta la saciedad que una economía *de* mercado es algo más que el mercado, porque previa al mercado es la decisión de emprender una actividad económica *para* el mercado. También hemos dicho que esa decisión implica dos tareas: producir bienes o servicios y, después, lanzarlos al mercado. El funcionamiento de la economía de mercado comprende dos fases, la primera, la iniciativa económica privada, la segunda, el mercado (el intercambio a través del mecanismo privado de los precios). Se produce para el mercado, por lo que si no hay acceso al mercado, porque está cerrado, no hay incentivo para producir, y si no hay producción no tiene sentido el mercado. Iniciativa económica privada y mercado se necesitan mutuamente, siendo así que una y otro convergen cuando quien produce acude al mercado a vender lo producido. Es el *libre acceso al mercado* el punto de conexión entre ambos y, por tanto, la garantía de un espacio de libertad de acceso al mercado forma parte indistintamente de la garantía del mercado y de la iniciativa económica privada.

El mercado de la "economía de mercado" debe ser un mercado *libre*, con libertad de acceso. En cierta medida (sólo en cierta medida), la Constitución protege la *libertad de acceso al mercado* desde una perspectiva institucional, esto es, a través del reconocimiento constitucional del mercado como instituto. El mercado es el libre intercambio entre oferentes y demandantes (a través del mecanismo privado de los precios); ello presupone la existencia de oferentes y, por tanto, la posibilidad de acceder al mercado para hacer ofertas:

no hay mercado sin oferta privada. La libertad de acceso al mercado es, por tanto, presupuesto del mercado.

Ahora bien, la posibilidad de que concurren oferentes al mercado –la libertad de concurrencia- es protegida directamente por la Constitución a través del derecho fundamental a la libertad de empresa. Esta comprende, por supuesto, la libertad de iniciar una actividad económica –la libertad de producir bienes y servicios-, pero es una libertad *para* el mercado –se produce para el mercado-, por lo que debe comprender también la libertad de acudir al mercado para vender lo producido (de lo contrario, carecería de sentido). Dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está sin duda la *libertad de acceso al mercado*. En este sentido, la libertad de empresa refuerza la garantía institucional del mercado.

La libertad de acceso al mercado “presupone” la libertad de ejercer una actividad económica privada para el mercado (la libre iniciativa económica en sentido estricto) y “supone” la libertad de contratación en el mercado. La garantía institucional del mercado protege directamente lo segundo, mientras que lo primero está directamente protegido por la garantía “iusfundamental” de la libertad de empresa. Debe precisarse que la libertad de empresa comprende en su contenido la libertad de contratación en el mercado: quien acude al mercado para vender lo producido tiene libertad de contratación, porque el mercado implica la libre contratación. En este sentido, el mercado refuerza la garantía “iusfundamental” de la libertad de empresa⁷⁷.

2.2.2.2. *La competencia.*

Según se concluía en el capítulo II, la «competencia» no es un elemento definitorio del mercado. Este se define en sentido estricto como el libre

⁷⁷ En los mercados finales, la libertad de contratación, desde el lado de la oferta, está protegida tanto institucionalmente (como contenido del instituto del mercado) como “iusfundamentalmente” (como contenido del derecho fundamental de la libertad de empresa). Del lado de la demanda, está protegida institucionalmente pero no iusfundamentalmente.

intercambio a través del mecanismo privado de los precios. La competencia supone algo más, la rivalidad (real o potencial), algo que la libertad de acceso al mercado posibilita, pero no asegura. Ello no significa que no sea deseable que exista competencia en el mercado⁷⁸; muy al contrario, es un objetivo que debe ser promovido y defendido, tanto por razones subjetivas (la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa o la defensa de los consumidores) como objetivas (funcionamiento eficaz del mercado) o cualesquiera otras que se puedan alegar. *Pero que el mercado deba ser competitivo no significa que sea competitivo*, porque la realidad y la teoría económica nos muestran situaciones de mercados competitivos y no competitivos y, dentro de los primeros, de mercados de competencia perfecta e imperfecta: *mercado no es sinónimo de competencia (y mucho menos sinónimo de competencia perfecta)*.

Sin embargo, existe práctica unanimidad entre los juristas en afirmar que la competencia es inseparable de la economía de mercado, hasta el punto de que se ha considerado que es el motor del sistema de economía de mercado⁷⁹. Valgan, por todos, las palabras de Oscar DE JUAN: «La esencia de la economía de mercado, aquello por lo que ha merecido la adhesión casi unánime de las fuerzas sociales más representativas de la sociedad occidental y de las Cortes constituyentes españolas, radica en ser un estilo de economía en donde el poder se encuentra descentralizado y desconcentrado. Por economía descentralizada ha de entenderse un orden en el que existe pluralidad de sujetos con iniciativa propia, es decir, con autonomía y libertad para tomar decisiones de relevancia económica. Por economía desconcentrada queremos significar la necesidad de que el poder económico se encuentre adecuadamente repartido entre los agentes económicos, de manera que ninguno de ellos disponga de poder suficiente para imponerse a

⁷⁸ O que no exista habitualmente competencia en el mercado: en mayo y menor dosis, la competencia es la consecuencia habitual del funcionamiento del mercado.

⁷⁹ Así se expresa Aurelio MENÉNDEZ: «El mercado, entendido como lugar de encuentro de la oferta y la demanda, se funda en la competencia como "motor del sistema"; hasta el punto que la idea de mercado sólo se hace posible mediante una tutela de la competencia que asegure sus funciones económicas y sociales y evite o reprima —cualquiera que sea su éxito en la práctica— los poderes incontrolados que pretenden anularla» [MENÉNDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 35.

los demás»⁸⁰. En definitiva, «economía de mercado y libre competencia son términos inseparables»⁸¹ o, en términos subjetivos, «la libertad de iniciativa económica de un sujeto se manifiesta en relación a [sic] los demás como libertad de competencia»⁸².

Esta práctica unanimidad doctrinal se ha hecho sentir en el Tribunal Constitucional, que ha incorporado la competencia al artículo 38 de la Constitución: para el Tribunal, «la concurrencia entre empresas» es «un elemento decisivo de la economía de mercado» (STC 88/1986, fj 4)⁸³, el principio constitucional de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado «implica la libre competencia en su seno» (STC 135/1992, fj 8, párr. últ.) y la defensa de la competencia es «un elemento definitorio del mercado» (STC 208/1999, fj 6, párr. 5). También el legislador ha fundamentado la defensa de la competencia en el artículo 38 de la CE; en la exposición de motivos de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia*, se dice con claridad: «La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general

⁸⁰ Vid. DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, ob. cit., pág. 144. Al autor no le cabe duda alguna de que la competencia está implícita en la alusión del artículo 38 a la economía de mercado, algo en lo que han coincidido comentaristas de todas las ideologías (vid. nota 27 del libro). Así lo deduce de los antecedentes parlamentarios, haciendo suyas las palabras del parlamentario NIETO DE ALBA: las enmiendas 755 y 917 del grupo de senadores de la UCD, en las que se solicitaba una referencia explícita a la libre competencia, fueron retiradas «por entender que al constitucionalizarse la economía de mercado, los métodos de defensa de la competencia, es decir, las leyes antimonopolio y antitrust, las comisiones de investigación, los tribunales especiales de la competencia están implícitamente constitucionalizados» (*Diario de Sesiones del Senado*, n.º 51. 7-IX-78, pág. 3854 – la cita en la página 145).

⁸¹ *Ibidem*, pág. 146.

⁸² MALARET, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial* (Civitas, 1991), pág. 105. Para FONT GALAN, el contenido esencial de la libertad de empresa es la competencia económica en el mercado [FONT GALAN, J.I.: *Constitución económica y Derecho de la competencia* (Tecnos, 1987), pág. 160].

⁸³ De manera que la defensa de la competencia se configura como «una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la

y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución». En fin, la legislación interna sobre defensa de la competencia se inspira en el Derecho Comunitario, que concibe la economía de mercado como una economía abierta y de *libre competencia* (art. 4.1 TCE) y, a tal efecto, dedica todo un capítulo del TCE (capítulo 1 del título XVI) a la defensa de la competencia en el seno del mercado interior.

La doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el legislador convergen en considerar la competencia como algo consustancial al sistema de economía de mercado y al mercado mismo, e incluso a la libertad de empresa. Si la imagen maestra de un instituto es la que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, parecería obligado concluir, a la vista de tanta unanimidad, que el mercado que la Constitución protege es el mercado competitivo, de forma que un mercado que no sea competitivo no es un mercado, como tampoco lo es un mercado en el que sólo hay fijación pública de precios. La competencia sería así un elemento esencial del mercado garantizado por la Constitución.

Creo que una conclusión tan rotunda no es del todo exacta. Pero antes de exponer mi postura es imprescindible aclarar cierta confusión conceptual, especialmente visible en el Tribunal Constitucional, que se refiere sin precisión alguna a "concurrentia", "competencia" y "defensa de la competencia", conceptos que se deben distinguir:

- En primer lugar, *una cosa es la concurrentia y otra la competencia propiamente dicha.*

Afortunadamente, en nuestro idioma existen dos palabras distintas para designar dos conceptos que no son idénticos. FONT GALAN expresa acertadamente esta diferencia: «mientras *concurrentia* hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado ... *competencia* significa específicamente, por un lado, *rivalidad o lucha (económica) entre tales*

economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste».

empresarios .. y, por otro, significa también *agresividad (comercial)* frente a los consumidores»⁸⁴. La competencia presupone concurrencia, pero supone algo más que concurrencia, implica un modo de actuar determinado de los empresarios que concurren pluralmente en el mercado, que consiste en que cada uno de ellos aspira a conseguir lo mismo que los demás: «*Competencia* significa, pues *rivalidad, lucha, agresividad, competición* entre personas con necesidades o deseos similares que quieren o aspiran a satisfacer con bienes o recursos análogos limitados»⁸⁵.

Hay que tener muy presente esta distinción a efectos de garantía institucional. La Constitución garantiza sin duda la concurrencia en libertad en el artículo 38, porque reconoce la libertad de empresa, que implica libertad de acceso al mercado (y este a su vez presupone libertad de acceso). Sin embargo, plantea no pocas dificultades deducir del artículo 38 que garantice la rivalidad entre los empresarios: ¿se puede exigir *ex Constitutione* que los empresarios luchen entre sí?; o, si se prefiere, ¿prohíbe la Constitución que los empresarios no luchen entre sí?; o, mejor aún, ¿obliga la Constitución a los poderes públicos a que prohíban las situaciones de “no rivalidad” o de “no rivalidad suficiente”?.

- En segundo lugar, *una cosa es la competencia y otra es la defensa de la competencia*.

Lo que la competencia es ya lo sabemos. Por su parte, la “defensa de la competencia” es una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado que persigue asegurar un grado de competencia suficiente en el mercado. La defensa de la competencia existe precisamente porque no siempre hay competencia en el mercado, porque no es una consecuencia inexorable del mercado; éste, abandonado a su propia dinámica, conduce en no pocas ocasiones a que el pez grande se como al chico, a la reducción e incluso a la eliminación de la competencia. Como dice Aurelio MENÉNDEZ, las «aspiraciones naturales del empresario se orientan hacia la conquista de

⁸⁴ FONT GALAN, J.I.: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 24 (en nota a pie de página).

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 28.

posiciones de dominio que le aseguren, frente a los riesgos e insidias de la competencia, la llamada renta monopolística» y justamente «contra estas “aspiraciones naturales” de los empresarios viene a actuar el Derecho de la Competencia, cuya misión consiste ... en controlar el poder económico privado, el “poder de mercado”»⁸⁶.

El libre juego de la oferta y la demanda no asegura la competencia en el mercado; de ahí la intervención pública, de ahí la erección de una política pública de defensa de la competencia. Pero la intervención pública se ha saldado, aparte de con una diversificación de objetivos⁸⁷, con una relativización de la competencia. En efecto, la competencia que protege hoy el Derecho de la Competencia (comunitario y español) no es la competencia perfecta -el ideal de competencia en el que pensaban los economistas clásicos- sino lo que se ha dado en llamar la competencia *imperfecta, funcional o practicable* (la *workable competition*): un modelo de competencia que admite otras estructuras de mercado, distintas de la competencia perfecta (monopolio, oligopolio y competencia monopolística), y en el que se consienten determinados procesos de concentración económica, destinados a asegurar el progreso tecnológico y el nivel de eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa⁸⁸. Se trata, en definitiva, de un modelo “realista”, que admite situaciones de “no-competencia” o de competencia reducida siempre que se

⁸⁶ MENÉNDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 58.

⁸⁷ Los objetivos que persiguen las normas de defensa de la competencia son tanto económicos (la eficiencia del mercado) como políticos (evitar la concentración del poder) y sociales (la protección de los pequeños empresarios o los consumidores). Un resumen de la evolución de los objetivos del Derecho *Antitrust* en los Estados Unidos se puede ver en CASES PALLARÉS, LL.: *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, ob. cit., págs. 47 y ss.

⁸⁸ «La competencia económica no vendría exclusivamente concebida como una lucha salvaje -y, a menudo, ruinosa- de todos los operadores económicos entre sí»; de lo que se trata es de «fomentar el surgimiento de unidades de producción con suficiente dimensión para financiar innovaciones tecnológicas y con suficiente entidad para competir con las de otros mercados, sin que este proceso de crecimiento sea tal que disminuya el estímulo de la productividad y el progreso técnico y económico» [CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Mercado único y libre competencia en la Unión Europea» (Colex, 2003), pág. 264. Por lo demás, es sabido que el modelo de competencia imperfecta tiene su origen en las aportaciones de CLARK (vid. «Towards a Concept of Workable Competition», 30 *American Law Review*, 1940) y SCHUMPETER [vid. su famoso *Capitalism, Socialism and Democracy* (1947)].

garantice un clima general de rivalidad económica, es decir, una competencia *suficiente* en el conjunto de los mercados⁸⁹. Sobre este modelo, que es el que defiende el TJCE para el mercado interior comunitario, volveremos en el último capítulo.

Hechas estas precisiones, nada impediría considerar, la competencia o, mejor aún, la "defensa de la competencia" –la intervención pública para asegurarla de modo suficiente- como una garantía implícita del mercado "constitucionalizado". Al fin y al cabo, casi nadie discute hoy la necesidad de la mano visible del Estado para impedir las situaciones de "no competencia" que la mano invisible del mercado no puede evitar. La imagen, no de cada mercado, sino del mercado en general –de la economía de mercado- que tiene hoy la "conciencia social" es la de que *debe ser* un mercado -una economía de mercado- en el que esté garantizado por los poderes públicos una competencia suficiente. En definitiva: la competencia no sería un elemento definitorio del mercado, pero podría admitirse que la "defensa de la competencia" sería una garantía constitucional (institucional) implícita del mercado⁹⁰. *Habría así un modelo específico de mercado garantizado implícitamente por la Constitución, el mercado con competencia suficiente.*

Dejando aparte el problema que conlleva toda construcción implícita de normas, así como el que supone definir qué es competencia "suficiente"⁹¹, lo

⁸⁹ «Un *mito* ha caído –la afirmación de que la libre competencia debe constituir siempre la regla y el monopolio la excepción- y una *exigencia rigurosamente imperativa* se ha impuesto: cualquiera que sea el tamaño de las empresas y por reducido que sea su número, se debe salvaguardar el clima de rivalidad económica necesaria para que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre diversas ofertas» [CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ibidem*].

⁹⁰ Recuérdese que, también en mi particular opinión, una cosa es una institución y otra la garantía constitucional de esa institución. En este caso, el instituto "mercado", cuya imagen maestra es la del libre intercambio a través del mecanismo privado de los precios, recibiría una garantía constitucional específica, la garantía de un grado razonable de competencia, porque se quiere que ese mercado sea competitivo.

⁹¹ Además, la idea misma de competencia suficiente no goza de unanimidad doctrinal. Recuerda a este respecto BAÑO LEÓN que la tesis hoy predominante en Alemania es la que arranca de la concepción de Hayek de la competencia como proceso de descubrimiento o hallazgo cuyos resultados son imprevisibles y, en conjunto, diferentes de aquellos a los que conscientemente se hubiera podido aspirar: «Las estructuras de mercado son una consecuencia de las conductas de quienes en él actúan. De ello se deduce que la competencia encierra un fin en sí misma, que es

cierto es que la configuración de la "defensa de la competencia" como una garantía institucional del mercado plantea una dificultad técnico-jurídica. Esta dificultad deriva del hecho de que la garantía institucional es un concepto que se construye *frente a* los poderes públicos y, además, desde una perspectiva defensiva, esto es, como un *límite* y no como una *directriz de actuación*, como una norma de prohibición y no como una norma finalista. Sin embargo, la "defensa de la competencia" se configura básicamente como una protección *de* los poderes públicos *frente a* los particulares, los empresarios, que son los destinatarios principales de sus normas (los sujetos pasivos)⁹²; a su vez, no impone a los poderes públicos obligaciones de abstención (prohibiciones) sino de hacer (competencias), empezando por el legislador, a quien corresponde diseñar un sistema eficaz de defensa de la competencia. La defensa de la competencia es una *forma de intervención* de los poderes públicos, que son los sujetos activos de las normas de defensa de la competencia. La competencia es algo que lesionan los empresarios y que protegen los poderes públicos (los poderes constituidos), por lo que no puede configurarse como un límite frente a los poderes públicos, que es justamente en lo que consiste la garantía institucional.

No seré yo quien diga que el mercado al que se refiere el artículo 38 de la Constitución no es un mercado en el que deba haber competencia suficiente. Es más, lo normal es que en los mercados que funcionan bien haya competencia suficiente. El problema estriba en cómo encajar en la Constitución adecuadamente la garantía de una competencia suficiente en el mercado. Mi tesis es la siguiente:

Primero: ni la competencia es un elemento definitorio del mercado, ni la garantía de un mercado con competencia suficiente puede articularse a través de la garantía institucional del mercado. Esta afirmación está suficientemente justificada.

la garantía de la libertad de competir, y no ... la realización de fines heterónomos» [BAÑO LEÓN, J.M.; *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia* (Mc Graw-Hill, 1996), pág. 19.

⁹² Fuera de los casos de ayudas públicas a empresas, en los que los poderes públicos sí son los destinatarios de las normas de competencia. Pero aquí estamos en puridad ante un problema de igualdad en la competencia.

Segundo: la Constitución no garantiza expresa y directamente la competencia en el mercado, pero sí la posibilidad de competir en el mercado. Ello es así porque nuestra Carta Magna sí garantiza expresa y directamente la "conurrencia" en el mercado, en el artículo 38, a través del reconocimiento de la libertad de empresa en conexión con la garantía institucional del mercado: como ya se ha dicho, la libertad de empresa implica libertad de acceso al mercado, allí donde hay mercado.

Tercero. La garantía de la competencia en el mercado es cosa de los poderes constituidos, en particular del legislador, que es a quien corresponde determinar su contenido. No existe un concepto constitucional de competencia que deba ser preservado frente al legislador.

Cuarto. La defensa de la competencia, cosa de los poderes constituidos, tiene un fundamento constitucional: la dimensión objetiva o institucional de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución, en conexión con el artículo 9.2). En efecto, la libertad *real* de ejercer la actividad empresarial de unos queda reducida a la nada si otros, mediante conductas anticompetitivas, la impiden en la práctica. Y la Constitución hace un llamamiento general a los poderes públicos para promover las condiciones que aseguren que la libertad de los ciudadanos y los grupos en que se integran sea real y efectiva (artículo 9.2 CE). Una de las manifestaciones de esa libertad es la libertad de empresa, cuyo ejercicio han de asegurar los poderes públicos, por expresa disposición del artículo 38 CE. Los poderes públicos tienen, pues, un compromiso *ex Constitutione* de establecer los medios necesarios para hacer efectiva la libertad de empresa. Uno de estos medios es justamente el Derecho de la Competencia.

Es en la dimensión objetiva o institucional de la norma que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE) donde hay que encontrar el principal encaje constitucional la "defensa de la competencia"⁹³, como con acierto ha puesto de relieve la exposición de motivos de nuestra Ley de defensa de la competencia. La defensa de la

⁹³ Otro fundamento constitucional del Derecho de la Competencia es la protección de los consumidores (art. 51.1 CE).

competencia es la defensa de la libertad de empresa de todos, es un asunto de interés general. Este es, al fin y al cabo, el sentido genuino de la legislación *antitrust* norteamericana⁹⁴, cuyo modelo ha sido asumido por el Derecho europeo de la Competencia. Esta es la razón de que se reserve alguna referencia al Derecho de la Competencia en el último capítulo de esta tesis, el que se ocupa de la dimensión objetiva o institucional de la libertad de empresa.

2.3. Recapitulación y consecuencias: la garantía constitucional del instituto "mercado".

Tras esta laboriosa travesía se llega al final. Es el momento de recapitular y de extraer conclusiones. Empecemos por recapitular lo que es y lo que debe ser el mercado que reconoce y protege la Constitución:

1. *El mercado "es" el libre intercambio a través del mecanismo privado de los precios.*

Esta es la imagen maestra del mercado que deben respetar los poderes públicos. No existe una configuración concreta de cada mercado impuesta por el constituyente, pues esto es algo que defiere al legislador. En el ejercicio de esta tarea el legislador no es un mero ejecutor de la Constitución, sino que actúa con un amplio margen de libertad; en este sentido la Constitución es marco de intervenciones plurales, y aquí se realiza el pluralismo político. Pero estas intervenciones sobre los mercados no pueden desfigurar la imagen maestra del mercado como instituto; en este sentido la Constitución es límite al pluralismo político y aquí se hace efectiva su primacía.

⁹⁴ Para el Tribunal Supremo norteamericano «*el Derecho antitrust en general, y la Sherman Act en concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como lo es la Bill of Rights para la protección de nuestras libertades personales fundamentales*» [United States vs. Topco Associates, 405 US 596, 610 (1972); la cita se toma de CASES PALLARÉS, LL: *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, ob. cit., pág. 47].

2. El mercado "debe ser" libre y competitivo.

Esto es lo sugiere una interpretación sensata de lo que la economía de mercado significa como sistema económico. Para que el mercado funcione como mecanismo eficaz de asignación de recursos productivos es necesario que exista un razonable grado tanto de libertad (de libertad de acceso) como de competencia (de rivalidad) en el mismo.

Ocurre que la garantía constitucional de estos dos adjetivos opera principalmente a través del derecho fundamental de libertad de empresa, y sólo residualmente a través de la garantía institucional del "mercado". Así, la *libertad de acceso al mercado* remite, bien al libre ejercicio de la actividad económica privada (*libertad para el mercado*), bien a la libre contratación en el mercado (*libertad en el mercado*): en el primer caso, la garantía constitucional se encuentra en el derecho subjetivo a la libertad de empresa (la dimensión subjetiva de la norma de derecho fundamental)⁹⁵; en el segundo, la garantía constitucional se halla en el instituto "mercado", aunque también en el derecho subjetivo a la libertad de empresa (que protege la libertad de contratación de los oferentes en el mercado). Por su parte, la *competencia* en el mercado se garantiza constitucionalmente a través de la dimensión objetiva o institucional de la norma de reconocimiento de la libertad de empresa: aquí se ubica una directriz de actuación dirigida a los poderes públicos –principalmente al legislador- para que aseguren un grado razonable de competencia en el mercado; la directriz constitucional deja en manos del legislador tanto la concreción del fin (la competencia suficiente) como de los medios para conseguirlo.

La libertad y la competencia son cosa del artículo 38 cuando reconoce la libertad de empresa; me remito al respecto a la segunda parte. Pero el mercado, desnudo de adjetivos, está protegido como instituto en la Constitución y procede aquí extraer las consecuencias de esta protección:

⁹⁵ La garantía institucional del mercado opera sólo residualmente, en relación con los pocos casos de actividades económicas privadas no empresariales, que no están cubiertos por la libertad de empresa. En estos casos, si hay mercado debe existir un espacio razonable de libre ejercicio de actividad económica privada, de libre iniciativa económica privada (*sensu stricto*) no empresarial.

¿qué implica la garantía institucional del mercado? ¿Qué límites impone a los poderes constituidos? Para responder a estas cuestiones conviene andar con cuidado, porque un exceso de protección dañaría a la Constitución como marco, mientras que un defecto de protección dañaría a la Constitución como límite. Pues bien, en mi opinión, la protección institucional del mercado opera en dos niveles⁹⁶:

- El primer nivel es el de la **existencia del mercado en general**. En este nivel, la protección institucional del mercado implica lo siguiente:

En primer lugar, implica *la prohibición de la abolición general mediante ley (o mediante cualquier otro instrumento jurídico) del mercado y su sustitución por la planificación pública*. Ello sólo puede hacerse mediante una reforma de la Constitución.

En segundo lugar, implica *la garantía de un campo razonable de acción para el mercado*. La Constitución no exige que toda la actividad económica sea actividad de mercado, ni mucho menos. Pero sí exige que los sectores de *mercado* no prevalezcan sobre los de *no mercado*, porque de lo contrario la "economía de mercado" se desnaturalizaría, para pasar a ser una economía planificada.

Ello supone, al menos, un freno al ejercicio abusivo de las técnicas constitucionales de intervención pública en la economía de los artículos 128.2 y 131 CE: los preceptos citados no legitiman a los poderes públicos, ni para sustraer la mayoría de los recursos o servicios a los particulares, ni para hacer descansar la actividad económica sobre la planificación pública. El problema consiste en determinar cuándo se traspasa la raya que separa a una economía de mercado de una economía planificada y, sobre todo, cómo controla el Tribunal Constitucional, si no se quiere que la garantía sea puramente retórica

⁹⁶ A ellos me he referido al analizar la protección constitucional de la "economía de mercado" *in toto* (vid. *supra*, apartado 1.2). El tercer nivel no es aplicable al "mercado", porque la garantía institucional no protege un derecho subjetivo, sino un instituto. Sobre la distinción entre derecho subjetivo y garantía institucional, véase el siguiente capítulo.

por imposibilidad de control efectivo⁹⁷. Acaso en este punto lo único sensato sea trasladar la carga de la prueba a quien alega: corresponde demostrar al recurrente que un paquete de leyes nacionalizadoras y/o planificadoras suponen la eliminación práctica del mercado como instituto y de la economía de mercado como sistema económico.

En tercer y último lugar, implica *la justificación constitucional del no-mercado*. Sustraer al mercado una actividad económica es legítimo – insisto: la Constitución no exige que toda la actividad económica sea actividad de mercado-, pero, puesto que una decisión tal supone no sólo la eliminación del mercado sino de la libertad de empresa en esa actividad, no puede tomarse arbitrariamente. Mercado y libertad de empresa se refuerzan mutuamente para imponer la exigencia de justificar constitucionalmente la exclusión del mercado de las actividades económicas susceptibles de mercado. Sobre ello se volverá al analizar el contenido esencial de la libertad de empresa

- El segundo nivel es el de la **imagen maestra (el contenido esencial) del mercado**.

En este nivel, la protección institucional opera –lógicamente- sobre los sectores de mercado, e implica que, allí donde hay mercado, allí donde el mercado no ha sido excluido por decisión legal justificada, los poderes públicos

⁹⁷ Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional está limitado tanto material como procesalmente. Materialmente, porque el control que ejerce es un control estrictamente jurídico y necesariamente la decisión constitucional en el que se cuestionara la pervivencia del sistema de economía de mercado habría de ser una decisión basada en argumentos económicos. Procesalmente, porque el Tribunal tiene competencia para anular leyes concretas sometidas a su conocimiento, pero no políticas legislativas: aisladamente consideradas, varias leyes nacionalizadoras sucesivas en el tiempo no eliminan la economía de mercado, pero sí actuando conjuntamente. Creo que ninguna de estas limitaciones son obstáculos insalvables. La limitación material es salvable porque el de “economía de mercado” es un concepto económico, cuya interpretación a efectos de control jurídico exige inevitablemente el auxilio de la economía: o eso, o su incorporación a la Constitución a efectos de garantía es, en efecto, puramente retórica. En cuanto a la limitación material, porque no creo que el Tribunal Constitucional esté impedido de anular una ley cuando, interpretada a la luz de otras (interpretación sistemática *lato sensu*), es

deben respetar su imagen maestra. Ello se traduce, para cada mercado concreto, en la garantía genérica de un espacio de libertad de fijación de las condiciones de intercambio -en particular los precios- por parte de los agentes económicos privados, lo que en términos jurídicos se denomina **libertad de contratación**. Los mercados pueden ser intervenidos todo lo que se quiera por los poderes públicos, pero esa intervención no puede eliminar el mercado mismo, el libre intercambio de precios y cantidades a través del mecanismo privado de los precios. En otras palabras, cabe restringir ⁹⁸ pero no eliminar o reducir a la nada en la práctica la libertad de contratar precios o cantidades de intercambio ni la libertad de elección de oferentes o demandantes, porque, de lo contrario, y utilizando palabras de la STC 32/1981, el instituto "mercado" quedaría limitado de tal modo que se le privaría prácticamente de sus posibilidades de existencia real como instituto para convertirse en un simple nombre.

Ya se ha dicho que la libertad de contratación del lado de la oferta está protegida "iusfundamentalmente" por la libertad de empresa, por lo que la garantía institucional -que ciertamente sirve para fundamentar la garantía iusfundamental- es subsumida por ésta. La garantía institucional del mercado adquiere significado propio del lado de la demanda, como protección en los mercados finales (los mercados de bienes y servicios -*outputs*-) de los consumidores *in genere* (no individualmente considerados), a quienes asegura un espacio de libertad de contratación frente a los poderes públicos (el legislador fundamentalmente), pero no frente a los poderes privados: frente a estos, la protección estriba en la actualización legislativa de las normas del artículo 51 de la Constitución.

En resumidas cuentas, el instituto "mercado" complementa el derecho fundamental de libertad de empresa porque llega allí donde no llega éste: le asegura *ex Constitutione* un espacio vital, un clima de actuación, esto es, un mercado al que acudir. Esa es la principal virtualidad de la garantía

inconstitucional; la última de las leyes nacionalizadoras sería algo así como la gota que colma el vaso de la constitucionalidad.

⁹⁸ Mediante ley, en cuanto afecte a la libertad de empresa, que implica la libertad de contratación de los empresarios en el mercado (artículo 53.1 CE).

institucional del mercado, porque la libertad de empresa no está protegida suficientemente frente al no-mercado: la Constitución no garantiza la libertad de empresa como libertad *de* mercado, sino *para* el mercado, o, en términos del artículo 38 de la Constitución, *en el marco* de la economía de mercado. A su vez, la norma de derecho fundamental complementa el instituto porque llega allí donde no llega éste: le asegura *ex Constitutione* un espacio de libre iniciativa económica privada y compromete a los poderes públicos a proveerle de un nivel suficiente de competencia.

3. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN MERCADO ÚNICO: DIMENSIÓN INTERNA Y COMUNITARIA.

Hasta ahora hemos analizado el mercado desde una perspectiva conceptual, desde lo que es y desde lo que debe ser. Para completar la tarea es preciso analizarlo también desde una perspectiva territorial: el mercado de la Constitución, amén de libre y competitivo, debe ser también un mercado único, no fragmentado, y a ello provee el principio de unidad de mercado. Pero es que, además, este mercado único está integrado en un mercado más amplio, el mercado único o interior comunitario, y de esta integración se derivan exigencias importantes. A la dimensión interna y comunitaria de la unidad de mercado se refieren las siguientes líneas.

3.1. La dimensión interna de la unidad de mercado.⁹⁹

⁹⁹ Sobre la dimensión interna de la unidad de mercado, me remito básicamente al capítulo IV («La libre circulación de bienes en la Constitución y la cláusula específica del artículo 139.2») de la monografía de ALBERTI ROVIRA, varias veces citada [*Autonomía política y unidad económica*, (Civitas, 1995)]. Vid. también, sobre esta cuestión: CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978* (Universidad de Valladolid, 1988), y «El principio de unidad de mercado en la Constitución»; en GÓMEZ-FERRER MORAN, R. (coord.): *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* (Civitas, 1989); MUÑOZ MACHADO, S. y BAÑO LEON, J.M.: «Libertad de empresa y unidad de mercado»; en VV.AA: *La empresa en la Constitución española* (Aranzadi, 1989); SANTOS, V.: «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978»; en

3.1.1. La unidad de mercado en general.

La unidad de mercado no está formulada expresamente en la Constitución española, pero el Tribunal Constitucional la ha deducido implícitamente del principio (también implícito) de unidad económica: como recuerda la STC 96/2002, «hemos inferido reiteradamente de esta unidad, como consecuencia necesaria, la exigencia de un mercado único (STC 88/1986, F. 6) ... término éste, el de “mercado”, que equivale a “mercado nacional” o “mercado español”, esto es, el espacio económico unitario, reconocido implícitamente como tal por el art. 139.2» (fj 11). De esta exigencia de un mercado único, derivada del principio de unidad económica, hace nacer el Tribunal Constitucional un subprincipio o principio de segundo grado –la unidad de mercado-¹⁰⁰, que se apoya a su vez en un precepto constitucional expreso –el artículo 139.2-, aunque su contenido es más amplio que el que dimana de este precepto.

En efecto, para el Tribunal Constitucional, la unidad de mercado «supone,

RAMÍREZ, M. (ed.): *El desarrollo de la Constitución Española* (Libros Pórtico, 1982); TENA PIAZUELO, V.: *La unidad de mercado en el Estado Autonomico* (Escuela Libre Editorial, 1997); y VIVER PI y SUNYER, C.: «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2)»; en IEA: *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias* (1992).

¹⁰⁰ Aunque no parece tener claro el propio Tribunal Constitucional la distinción entre “unidad económica” y “unidad de mercado”: véase en este sentido la propia STC 96/2000, en la que se dice: «Una de las manifestaciones de esa unidad básica que la Constitución proclama se concreta en la unidad de mercado o en la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado (STC 96/1984, de 19 de octubre, F. 3)» (fj. 11). Unidad de mercado y unidad económica parecen ser términos intercambiables, lo que concuerda con la posición doctrinal dominante: como recuerda ALBERTÍ ROVIRA, «Desde la posición doctrinal dominante, los principios de unidad económica y unidad de mercado serían pues o bien dos términos sinónimos e intercambiables, o bien el último (que incluiría como específica la libre circulación) sería un elemento necesario del primero, subsumiéndose en realidad en él». (ALBERTÍ ROVIRA: *Autonomía política y Unidad económica*, ob. cit., págs. 249-250 –vid. las citas doctrinales en nota 3).

En lo que a mí respecta, creo que conserva utilidad la distinción de SAINZ MORENO entre las dos manifestaciones de la unidad económica antes referidas: unidad de mercado (principio estructural) y unidad de la política económica (principio dinámico). La necesaria unidad del orden económico exige, por una parte, una estructuración unitaria del mercado nacional y, por otra parte, una dirección unificada de la política económica. Una y otra manifestaciones o exigencias tienen

por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica» (STC 88/1986, de 1 de julio, f.º 6: doctrina reiterada en STC 64/1990, de 5 de abril, f.º 3). La unidad de mercado no se reduce a la libertad de circulación, sino que abarca también, como mínimo, la igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica. El mercado único que la unidad económica exige no sólo implica libertad, sino también igualdad en el ejercicio de esa libertad por los agentes económicos. En realidad, uno y otro contenido están explícitamente formulados en la Constitución. Desde luego, el primero, en el apartado 2 del artículo 139, que, como se verá después, no agota la garantía constitucional de la libertad de circulación. Por lo que hace al segundo, el apartado 1 de ese mismo artículo contiene una explícita formulación de la igualdad desde la perspectiva territorial, referida en general a todo tipo de derechos y deberes, que incluye obviamente a los económicos; esta disposición tampoco agota la garantía constitucional de la igualdad desde la perspectiva territorial.

La libertad y la igualdad económicas desde la perspectiva territorial tienen expresa consagración constitucional y, por tanto, no son una consecuencia del principio de unidad de mercado, sino de los preceptos en los que se consagran. En verdad, la unidad de mercado carece de fuerza propia como parámetro de validez de normas y actos: su fuerza será la de las normas constitucionales explícitas en que se concreta, singularmente las del artículo 139 CE; como dice certeramente ALBERTÍ ROVIRA, «no puede producirse una vulneración de la unidad de mercado que no constituya una violación de alguno de los preceptos que sirven a tal objetivo o en los que se concreta esta exigencia constitucional»¹⁰¹. La función del “principio” es básicamente explicativa, de síntesis descriptiva de ciertas normas constitucionales¹⁰². Acaso

individualidad propia y por ello conviene diferenciarlas, al menos a efectos interpretativos.

¹⁰¹ ALBERTÍ ROVIRA: *Autonomía política y Unidad económica*, ob. cit., pág. 254.

¹⁰² La unidad de mercado encaja dentro de lo que WROBLEWSKI llama “principios nombre del Derecho”, esto es, «los nombres que caracterizan los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas o la línea general de regulación del Derecho»; la cita la tomo de PRIETO SANCHIS, L: *Sobre principios y normas. Problemas del*

cumpla también una función interpretativa, de resolución de dudas que suscite una disposición o de evitación de antinomias, aunque esa función interpretativa será adicional de la que tienen de suyo las normas constitucionales en que se concreta. Lo que no procede es utilizarlo como regla de decisión autónoma, porque como tales actúan las normas constitucionales en que se despliega.

3.1.2. La cláusula del artículo 139.2 de la Constitución en particular.

Como recuerda VIVER, las cláusulas del tipo de la que aquí se trata tienen una larga tradición histórica en las confederaciones de Estados, en los Estados compuestos y en las organizaciones internacionales de carácter supraestatal: «Su finalidad inmediata es la de evitar que los entes descentralizados, confederados o asociados “cierren su mercados” para favorecer los intereses exclusivos de sus ciudadanos. Su finalidad última es la de garantizar la homogeneidad del sistema económico, la unidad de mercado»¹⁰³. A ambas finalidades responde el precepto contenido en el artículo 139.2, que pretende evitar que las Comunidades Autónomas (las destinatarias principales de la norma) cierren sus mercados, para así impedir que el mercado nacional se fragmente en tantos mercados como Comunidades autónomas haya. El constituyente heredó en 1978 un mercado único y buscó protegerlo ante el proceso descentralizador que se avecinaba: se trataba no de crear un mercado único, sino de no fragmentar el ya existente.

El Tribunal Constitucional ha aclarado que el artículo 139.2 CE no contiene una regla atributiva de competencias a favor del Estado, esto es, «no dota al Estado de nuevas competencias que no resulten de lo establecido por las normas constitucionales atributivas de las mismas –así se ha precisado reiteradamente, desde las SSTC 71/1982, fundamento jurídico 7.º, y 95/1984,

razonamiento jurídico (40 Cuadernos y Debates -Centro de Estudios Constitucionales, 1992), pág. 154.

fundamento jurídico 7.º.» (STC 14/1994, fj 1), aunque sí incide en este reparto. Para empezar, la garantía de la libre circulación (la unidad de mercado *sensu stricto*) es un principio informador del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía (STC 52/1988, fj 3; en el mismo sentido, STC 14/1989, fj 2, párrafo penúltimo). Y la apelación al artículo 139.2 CE como herramienta interpretativa ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional para atraer materias a la competencia del Estado. Como ha dicho VIVER, la libre circulación, convertida en criterio de interpretación de las competencias estatales y, negativamente, de las autonómicas, «delimita o configura el objeto del título estatal de modo que, en la práctica, no actúa como límite externo, que afecta a actos de ejercicio competencial, sino como un elemento interno – a veces como elemento único- para acotar el alcance del título competencial, con lo que tiene una clara función delimitadora de esos títulos competenciales»¹⁰⁴. Así ocurre cuando, con carácter general, se incardina la garantía de la libre circulación entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa, que el Estado debe asegurar al amparo del artículo 149.1.1.ª de la Constitución (SSTC 52/1988, fj 4)¹⁰⁵; o cuando, con carácter particular, se atribuye al Estado la competencia para establecer las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, al amparo del artículo 149.1.16 (bases de la sanidad), alegándose, entre otras razones, la necesidad de preservar la libre circulación de bienes (STC 71/1982)¹⁰⁶. En definitiva, el

¹⁰³ VIVER PI I SUNYER, C.: «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2)», ob. cit., pág. 49.

¹⁰⁴ VIVER PI I SUNYER, C.: «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2)», ob. cit., pág. 70.

¹⁰⁵ En realidad, la libertad de circulación de empresas es a la vez objeto del artículo 139.2 y contenido de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE: vid, por todas, la STC 96/2002, en la que se dice que el mandato constitucional del artículo 38 (los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libertad de empresa) «hay que ponerlo en relación con el art. 139.2 CE, pues toda medida que impida o fomenta el traslado de empresas incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de empresa», ya que «la actividad de traslado de industrial de un lugar a otro dentro del Estado» no sólo es una manifestación de la libertad de circulación sino también «una relevante manifestación de la libertad de empresa que el artículo 38 de la Constitución reconoce» (fj 11).

¹⁰⁶ «... además de la necesidad de una regulación estatal en materia de sanidad alimentaria, que con el carácter de básico extiende su vigencia a todo el territorio de la Nación, no es ajeno a la unidad de mercado, y a la libre circulación de bienes, la intervención en materia alimentaria, mediante definiciones y reglamentaciones de

artículo 139.2, aunque no es fuente de competencias estatales, es utilizado para ampliar el ámbito de aplicación de las competencias del artículo 149.1 CE

107.

Pero el artículo 139.2 CE no sólo incide en el reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas con eficacia interpretativa (anudada siempre a un título competencial expreso). También lo hace con eficacia limitativa, esto es, como límite al ejercicio de las competencias de los poderes públicos, en especial las de las Comunidades Autónomas (SSTC 71/82, 52/88, 66/91 y 118/96, entre otras). En sí mismo considerado, el artículo 139.2 contiene una prohibición de obstaculizar la libre circulación de personas y bienes en todo el territorio español, que va dirigida a todos los poderes públicos, no sólo a las Comunidades Autónomas, aunque la aplicación práctica del precepto se ha planteado hasta ahora siempre en relación con actuaciones autonómicas¹⁰⁸. El bien constitucionalmente protegido¹⁰⁹ es la libre circulación de personas y bienes en todo el territorio español¹¹⁰ y el objeto de la prohibición no es

usos de las sustancias y preparados, componentes o aditivos de productos alimenticios, porque el establecimiento de reglamentaciones diversas puede provocar distorsiones en la unidad de mercado» (fj 7).

107 El Estado es el garante de la unidad de mercado (STC 96/2002, fj 11), pero esta garantía la ejerce a través de competencias concretas, eso sí, generosamente interpretadas a la luz del objetivo de asegurar la existencia de un mercado único. Entre estas competencias descuellan, en particular: la legislación mercantil (149.1.6.ª) –por la que unifica el status básico de los empresarios–; la legislación sobre defensa de la competencia, incardinada dentro del artículo 149.1.13.ª, según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 208/1999, fj 6); y la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de la libertad de empresa (art. 149.1.1.ª), que han de ser las mismas en todo el territorio nacional.

108 La excepción la representa la STC 96/2002, en la que se enjuicia desde la perspectiva de la unidad de mercado una norma estatal (la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social).

109 Expresamente se califica la libertad de circulación como bien constitucionalmente protegido en la STC 136/1991, fj 1.

110 No es el artículo 139.2 el único lugar en el que se protege la libre circulación. Apunta ALBERTÍ ROVIRA que la libre circulación puede contemplarse desde tres perspectivas jurídico-constitucionales diversas: como *derecho fundamental* de todos los ciudadanos españoles consagrado en el artículo 19 CE (desde esta perspectiva la libre circulación se refiere sólo a las personas pero no se circunscribe a lo económico); como *regla de ordenación económica*, en virtud de la cual se prescribe un mercado libre con plena movilidad de los factores de producción, perspectiva incluida con carácter general en el artículo 38 (que consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado); y, por último, como garantía de un mercado único, siendo así que esta es la perspectiva en la que se ubica el artículo 139.2. Vid.

cualquier medida que incida en el objeto protegido, sino tan sólo aquellas que intencionadamente persigan obstaculizar la libre circulación o que objetivamente la obstaculicen (STC 37/1981, fj 2)¹¹¹. La obstaculización puede producirse «no sólo a través de medidas coactivas que directamente impongan trabas injustificadas a la circulación de industrias o a su desarrollo en condiciones básicas de igualdad, sino también mediante medidas de naturaleza graciable y acogimiento voluntario como ayudas, subvenciones u otro tipo de auxilios» (STC 64/1990, fj 4); esto es, tanto medidas coactivas -que pongan trabas a la circulación en una Comunidad Autónoma- como medidas de fomento -que atraigan a personas hacia una Comunidad Autónoma en daño de otras Comunidades Autónomas- pueden suponer obstáculos a la libre circulación constitucionalmente garantizada.

El problema estriba en determinar cuándo una incidencia negativa es un obstáculo. A este respecto, el Tribunal Constitucional considera legítima toda medida (autonómica) que, incidiendo negativamente en la libre circulación de factores productivos, supera el siguiente test de constitucionalidad (formulado con carácter general en la STC 88/1986, fj 6, y completado en la STC 66/1991, fj 2):

- En primer lugar, la medida debe dictarse «dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad» (*control de regularidad competencia*).
- En segundo lugar, debe existir una relación de causalidad entre el legítimo objetivo que se persiga y la medida que para su consecución se provea (*control de adecuación de la medida al objetivo previsto*). Este control de *adecuación* presupone la legitimidad constitucional del objetivo que se persiga con la medida, por lo que, en puridad, previo a este control es el *control de legitimidad constitucional del objetivo perseguido*.

ALBERTÍ ROVIRA, E: *Autonomía política y unidad de mercado*, ob. cit., págs. 271 a 277.

¹¹¹ Dice certeramente VIVER que «la intencionalidad del autor del acto o del acto en sí –su finalidad- tiene escaso relieve a la hora de determinar lo que definitivamente interesa, a saber: si la medida efectivamente, realmente, en la práctica, obstaculiza o puede obstaculizar la circulación. Lo importante es si objetivamente impide o dificulta la circulación, no la intencionalidad o la finalidad perseguida» [VIVER PI y SUNYER,

- En tercer lugar, la medida ha de ser proporcionada al objeto legítimo perseguido. Esto es, se examina la necesidad de la medida para conseguir el objetivo propuesto, lo que implica considerar la posibilidad de medidas alternativas menos gravosas o restrictivas para la libre circulación que puedan sustituir a la primera (criterio de *sustituibilidad* –STC 66/1991, fíj. 2).

- En cuarto y último lugar, debe quedar salvaguardada en todo caso la igualdad básica de derechos y deberes de todos los españoles.

En realidad, los controles uno y cuatro son completamente ajenos e independientes de la cláusula del artículo 139.2 CE, y, además, han de preceder al control de constitucionalidad desde la perspectiva de este artículo: si la medida es dictada por quien no es competente para ello o es discriminatoria -desde la perspectiva territorial-, no tiene sentido ya enjuiciarla desde la perspectiva de la libertad de circulación¹¹². Ha de repararse también en que el tratamiento que da el Tribunal Constitucional a las medidas que inciden negativamente sobre la libertad de circulación es parecido al que da a las medidas que limitan derechos fundamentales (cuanto menos, a la libertad de empresa)¹¹³: una medida no obstaculiza la libertad de circulación –como no lesiona el contenido esencial de un derecho fundamental- si responde a un fin constitucionalmente legítimo y es proporcionada, en el doble sentido de adecuada y necesaria para la consecución de ese fin. Esto es, la constitucionalidad de la medida se verifica confrontándola no con la libertad de circulación, sino con la finalidad para la que se ha dictado.

Sostengo con ALBERTÍ ROVIRA que el ámbito propio y la función específica del artículo 139.2 CE son notablemente restringidos. En rigor, la aplicabilidad del artículo exige como condiciones previas que, en primer lugar,

C.: «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2)», ob. cit, pág. 59].

¹¹² Tampoco tiene sentido este enjuiciamiento si la medida es contraria derechos fundamentales, como la libertad de empresa, que engloba en su contenido la libertad de circulación. La garantía que proporciona el artículo 139.2 CE es una garantía residual, que opera sólo cuando la medida en cuestión sea constitucional desde todos las demás perspectivas posibles. Sobre esto volvemos de inmediato.

¹¹³ Sobre el tratamiento del Tribunal Constitucional al contenido esencial de la libertad de empresa me remito al capítulo VII. En todo caso, véase esta identificación de tratamiento en la STC 66/1991, fíj. 3.

afecte al tráfico estatal o intercomunitario, y, en segundo lugar, que sea legítima desde los otros puntos de vista con los que es posible enjuiciarla, a saber: que se haya adoptado con título competencial suficiente, que esté justificada constitucionalmente, que respete los derechos fundamentales y que no afecte a la igualdad básica de los españoles ex artículo 139.1 (en argot comunitario, que sea una medida indistintamente aplicable). Si se da esta doble condición, creo que debe presumirse la constitucionalidad de la medida, a menos que pueda probarse que distorsiona el normal funcionamiento del tráfico estatal o intercomunitario. Corresponde probar a quien alega que se produce esta distorsión, y quien alega puede probar la distorsión apelando al test de proporcionalidad, convenciendo al juez de que la restricción que la medida produce en el tráfico, o bien es inadecuada o no idónea para conseguir el fin que se persigue con esa restricción, o bien es adecuada pero no indispensable para conseguir ese fin, en el sentido de que es sustituible por otra que sea menos gravosa para la libre circulación¹¹⁴. Si una medida que restringe el tráfico estatal o intercomunitario es constitucional desde todos los demás puntos de vista y no se ha probado que la restricción que produce es desproporcionada, debe presumirse (*iuris et de iure*) su constitucionalidad.

3.1.3. La cláusula del artículo 139.1 de la Constitución.

La igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica es el otro contenido que engloba la unidad de mercado en sentido amplio. A la *igualdad básica de todos los españoles* en general, sin conectarla específicamente a la actividad económica, se refiere la Constitución en el apartado 1 del artículo 139. En relación con el alcance jurídico de este

¹¹⁴ Haciendo recaer la carga de probar la desproporcionalidad de la medida en la parte, se elude el problema que supone el que se obligue a los tribunales a indagar sobre posibles medidas menos gravosas para la libre circulación, «lo que sin duda no sólo escapa de su competencia técnica y de sus posibilidades materiales, sino también, y aún más importante, de su función jurisdiccional. Un juez o tribunal, en efecto, no está generalmente en condiciones técnicas de proponer mejores medidas que las adoptadas por el legislador o la Administración, y si lo hiciera, muy probablemente, además, el tribunal se excedería del ámbito del ejercicio legítimo de su función» (ALBERTÍ ROVIRA: *Autonomía política y unidad de mercado*, ob. cit., págs. 293.294).

apartado, el Tribunal Constitucional ha venido a decir lo mismo que en punto al apartado 2 de ese mismo artículo. Así, ha dicho el precepto contenido en el artículo 139.1 es presupuesto o límite, pero no título competencial (STC 61/1997, fj 7); más exactamente, constituye un límite y una directriz que acota y guía el ejercicio de las competencias que poseen el Estado ex artículo 149 CE y las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos (STC 173/1998, fj 10). Aunque no contiene regla atributiva de competencia alguna, el artículo 139.1 está en muy directa conexión con la competencia estatal del artículo 149.1.1.ª, a través de la cual el Estado asegura su cumplimiento efectivo.

En su calidad de límite, el enunciado deóntico que contiene el artículo 139.1 es una prohibición de establecer diferencias entre españoles en el ejercicio de sus derechos y obligaciones; prohibición que se dirige a los poderes públicos, principalmente a las Comunidades Autónomas, toda vez que el Estado es el garante de esa igualdad. Acerca de cuáles sean esos derechos y obligaciones nada ha dicho el Tribunal Constitucional, aunque sí sobre el alcance de la prohibición que, obviamente, no puede entenderse en términos absolutos, porque ello supondría el fin de la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas. El Alto Tribunal, sin precisar demasiado, ha dicho que el principio de igualdad territorial «no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones» (STC 37/1981, fj 2). Por tanto, «no impone que todas las Comunidades Autónomas tengan que ejercer sus competencias "de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes". Menos aún exige que una Comunidad Autónoma se abstenga de ejercer sus competencias mientras las demás no utilicen las propias equivalencias o mientras el Estado, en uso de las que le corresponden, no establezca unos límites al ejercicio de las competencias autonómicas que aseguren una sustancial igualdad de resultados al llevarse a efecto estas últimas» (STC 150/1990, fj 7).

En definitiva, «la compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un

equilibrio entre ambos principios» (STC 88/1986, fj 6), equilibrio que plasma en el reparto constitucional y estatutario de competencias entre le Estado y las Comunidades Autónomas. En lo que a nosotros nos interesa, que es la libertad de empresa, tanto los títulos competenciales a favor del Estado (149.1.1.^a, 6.^a y 13.^a) como la interpretación de los mismos que ha hecho el Tribunal Constitucional, precisamente a la luz de la unidad de mercado, han conducido a que la igualdad de los españoles en el ejercicio de la libertad de empresa sea igual a uniformidad normativa. Sobre este asunto se tratará en el capítulo VIII.

3.2. La dimensión comunitaria de la unidad de mercado¹¹⁵.

El mercado español es un solo mercado -garantizado constitucionalmente en su unidad- pero un mercado integrado en un mercado más amplio, el mercado interior o único comunitario, cuyo ámbito territorial se extiende al territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea (artículo 299 del TCE)¹¹⁶ y –con derogaciones- al de los Estados no comunitarios que forman parte del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein)¹¹⁷. Supone un perfeccionamiento del mercado común previsto originariamente en el Tratado CEE y constituye uno de los medios para alcanzar la integración económica, objetivo inmediato de la Unión Europea (artículo 2 del TUE)¹¹⁸,

¹¹⁵ Para la redacción de este apartado me ha resultado especialmente útil la consulta de DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C.: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios* (Mc Graw Hill, 2001).

¹¹⁶ El artículo 299 contiene reglas especiales: unas determinan la aplicación del TCE a territorios que *no* son de los Estados miembros (apartado 3); otras se refieren a territorios que *sí* son de los Estados miembros, bien para autorizar al Consejo a modular la aplicación del TCE (apartado 2), bien para inaplicarlo total (apartado 6, letras "a" y "b") o parcialmente (apartados 5 y 6, letra "c"); por último, está la especialísima regla del apartado 4, aplicable a Gibraltar. En el proyecto de Constitución europea, esta materia se recoge en el artículo IV.4.

¹¹⁷ El Espacio Económico Europeo extiende en gran medida el mercado interior a estos tres países de la EFTA (hay un cuarto, Suiza, que no se ha sumado a él). El EEE supera el concepto de Zona de Libre Cambio, pero no llega a ser una Unión Aduanera.

¹¹⁸ Los otros medios son el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria.

cuya consecución queda en manos del pilar comunitario, esencialmente la Comunidad Europea (artículos 2 y 3.c) del TCE)¹¹⁹.

El artículo 14.2 del TCE nos proporciona una definición del mercado interior: «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado»¹²⁰. Su contenido genuino lo integran las llamadas libertades fundamentales, reguladas dentro de la Tercera Parte del TCE¹²¹: la libertad de circulación de mercancías (título I - arts. 23 a 31), la libertad de circulación de trabajadores (título III, capítulo 1 -arts. 39 a 42), la libertad de establecimiento (título III, capítulo 2 -arts. 43 a 48), la libre prestación de servicios (título III, capítulo 3 -arts. 49 a 55) y la libre circulación de capitales y pagos (título III, capítulo 4 -arts. 56 a 60). Estas cinco libertades son la garantía comunitaria del principio de economía de mercado *abierta* que ha de regir la acción de los Estados y de la Comunidad (artículo 4.1 TCE). Se trata, en definitiva, de prohibir el proteccionismo estatal, el establecimiento de barreras estatales a la libre circulación interestatal de sujetos económicos (empresarios y trabajadores)¹²² y objetos económicos (mercancías, servicios y capitales).

El mercado único comunitario no era algo preexistente a la creación de la Comunidad Europea, a diferencia del mercado español hoy integrado en aquel, el cual era ya un solo mercado al tiempo de aprobarse la Constitución. De ahí que la funcionalidad de la unidad de mercado no sea la misma en uno y

¹¹⁹ El proyecto de Constitución unifica los tres pilares en torno a una sola entidad, la Unión, a la que se dota de personalidad jurídica (artículo 6) y que tiene como uno de sus objetivos ofrecer a los ciudadanos un mercado único en el que la competencia sea libre y no esté falseada (artículo 3.2).

¹²⁰ En el mismo sentido, artículo III-14 del proyecto de Constitución europea.

¹²¹ En el proyecto de Constitución, el mercado interior se regula en el capítulo I (art. III-14 a 68) del título III (De las acciones y de las políticas interiores): en él se reúnen las normas sobre libre circulación, las normas sobre competencia y las sobre aproximación de legislaciones, ahora dispersas en diversos títulos de la tercera parte del TCE.

¹²² El TCE garantiza también la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios no como agentes económicos, sino como personas, en el artículo 18, en sede de ciudadanía de la unión. El TJCE, con base en el tenor literal del precepto, ha negado que esta libertad tenga carácter incondicional (STJCE de 11-4-2000, as. *Arben Kaba*, C-356/98).

otro caso: desde la perspectiva "española" cumple una función de *garantía* de un mercado ya unificado frente a la posibilidad de fragmentación derivada del hecho autonómico; desde la perspectiva "comunitaria" es, sin duda, una *garantía*, pero a la vez un *objetivo* que alcanzar¹²³ a partir de una pluralidad de mercados nacionales independientes. Para su consecución prevé el TCE la acción combinada de dos grupos de disposiciones: por un lado, las que directamente imponen obligaciones a los Estados (y eventualmente a los particulares) y reconocen a los particulares derechos en su favor –las llamadas "medidas de integración negativa"- y, por otro, las que atribuyen competencias a las instituciones comunitarias para la adopción de medidas dirigidas a ese logro –las llamadas medidas de integración positiva-. A estas últimas se refiere el apartado 1 del artículo 14 TCE, y, en la medida en que son cumplimentadas por las instituciones comunitarias, forman parte del Derecho Comunitario (como Derecho Derivado) y vinculan a los Estados miembros y, en su caso, a los nacionales de estos. Por su parte, las medidas de integración negativa se contienen en normas de mandato a las que el TJCE ha dotado de eficacia directa vertical (y, en algún caso, horizontal)¹²⁴. A estas me refiero inmediatamente.

¹²³ El 31 de diciembre de 1992, según dispone el artículo 14.1 TCE. Hay que decir que las casi 300 medidas propuestas en el Libro Blanco de la Comisión para alcanzar el mercado interior han sido adoptadas en su totalidad, lo que no significa que el mercado interior se haya realizado plenamente. Todavía existen ámbitos en donde su realización no es plena: en particular, en lo relativo a la supresión de las fronteras físicas entre personas (hay dos Estados que están excluidos de Schengen y que, en virtud de un *Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 al Reino Unido e Irlanda*, anejo al TUE y al TCE, tienen derecho a mantener los controles de identidad en las fronteras interiores), y en lo relativo a la supresión de las fronteras fiscales (siguen bloqueadas diversas iniciativas de la Comisión para respecto de la armonización de la fiscalidad directa e indirecta).

¹²⁴ Libre circulación de mercancías: arts. 23 (STJCE de 8-11-1979, as. *Denkavit*, 251/78), 25 (idem), 28 (entre otras, STJCE de 22-4-1977, as. *Iannelli*, 74/76), 29 (STJCE de 29-11-1978, as. *Pigs Marketing Board*, 83/78), 31, apartados 1 (STJCE de 3-2-1976, as. *Manghera*, 59/75) y 2 (STJCE de 15-7-1964, as. *Costa c. ENEL*, 6/64) y 90 (fuera del título sobre libre circulación de mercancías, pero íntimamente conectado a él –STJCE de 17-2-1976, as. *Rewe*, 45/75). Libre circulación de trabajadores: art. 39 (STJCE de 4-12-1974, as. *Van Duyn*, 41/74; el TJCE también ha reconocido eficacia directa horizontal a este precepto –vid. STJCE de 15-12-95, as. *Bosman*, C-415/93). Libertad de establecimiento.: art. 43 (STJCE de 21-6-1974, as. *Reyners*, 2/74). Libertad de prestación de servicios: art. 49, párr. 1.º (STJCE de 3-12-1974, as. *Van Binsbergen*, 33/74). Libertad de circulación de capitales: art. 56.1 (STJCE de 14-12-1995, as. *Sanz de Lera*, C-163, 165 y 250/1994 – el TJCE no se ha pronunciado sobre el apartado 2, que se refiere a la libre circulación de pagos).

La creación de un mercado único comunitario requiere que el mercado español se abra a las mercancías, servicios y capitales y a los empresarios y trabajadores procedentes de los demás Estados miembros. La cuestión es determinar hasta qué punto esta obligación de apertura limita las posibilidades de intervención de los poderes públicos españoles sobre el mercado español. Conviene advertir que la aplicación de las libertades fundamentales del mercado único comunitario sobre el mercado español exige algunas condiciones. La primera es obvia y es que exista un mercado español al que acceder, porque sin mercado no hay posibilidad de circulación: si un bien o servicio determinado está excluido del comercio en España, por decisión de los poderes públicos españoles, no se da el supuesto de hecho que determina la aplicación de las normas sobre libre circulación comunitaria¹²⁵. La segunda condición es que esté implicada la circulación comunitaria: las libertades fundamentales del mercado único comunitario son aplicables a la circulación entre Estados de objetos o sujetos económicos, no a la circulación interna dentro de cada Estado; sólo cuando una medida interna afecte o sea susceptible de afectar a la circulación interestatal dentro de la Comunidad Europea serán aplicables las disposiciones del TCE. Si se dan estas condiciones, las libertades fundamentales imponen exigencias de *igualdad* y de *libertad* al Estado español y a su ordenamiento.

Las exigencias de *igualdad* son inequívocas: el Tratado prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad de los sujetos económicos o de la procedencia de los objetos económicos. Amén de la norma general contenida en el artículo 12 TCE, que prohíbe expresamente toda discriminación por

¹²⁵ El TCE no prejuzga el régimen de propiedad de los Estados miembros (artículo 295), ni exige que todos los bienes y servicios estén en el mercado. No obstante, una economía interna en la que los sectores de "no mercado" prevalecen sobre los de mercado, esto es, una economía planificada, es incompatible con la pertenencia a la Comunidad Europea y, en general, a la Unión Europea. Recuérdese que la acción de los Estados miembros en el seno de la CE debe llevarse a cabo de conformidad con el respeto al principio de economía de mercado (art. 4.1 TCE). Y nótese que entre los criterios que la Cumbre de Copenhague de 1993 exigió a los candidatos a la adhesión a la Unión Europea (los llamados PECO- países de Europa Central y Oriental, más Chipre y Malta) se encontraba contar con una economía de mercado viable y capacidad para hacer frente a la competencia y a las fuerzas del mercado en el interior de la Unión Europea. Tener una economía de mercado es requisito implícito de la pertenencia a la Unión Europea.

razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado¹²⁶, se encuentran manifestaciones específicas en relación con las libertades fundamentales en los artículos 39.1 y 2.c (libre circulación de trabajadores), 43, párrafo segundo (libertad de establecimiento), 50, párrafo tercero (libre prestación de servicios) y 58.3 (libre circulación de capitales y pagos)¹²⁷. Por su parte, el TJCE ha considerado que son discriminatorias no sólo aquellas medidas estatales *formalmente* discriminatorias, esto es, aquellas que *de iure* someten a los objetos o sujetos económicos foráneos a un régimen diferente del nacional, sino también las *materialmente* discriminatorias, esto es, aquellas que formalmente van dirigidas por igual a unos y a otros, pero que *de facto* afectan tan sólo a los objetos o agentes económicos foráneos o resultan más onerosos para estos. Estas medidas son contrarias al Tratado, con las excepciones previstas por el propio TCE: artículo 30 (libre circulación de mercancías), 39.3 y 4 (libre circulación de trabajadores), 45 y 46 (libertad de establecimiento), 55 (libre prestación de servicios) y 58.1 (libre circulación de capitales y pagos).

Las exigencias de *libertad* se proyectan específicamente sobre las conocidas en el argot comunitario como “medidas indistintamente aplicables” (MIA): medidas estatales que, sin ser discriminatorias (formal o materialmente), producen un efecto obstaculizador no deseado de la circulación intracomunitaria, a consecuencia de la disparidad de las legislaciones nacionales. El concepto de MIA se forja por el TJCE en el ámbito de la libre circulación de mercancías, en concreto, en la famosa STJCE de 20-2-1979 (as. *Cassis de Dijon*, 120/78) siguiendo la estela de la noción de “medidas de efecto equivalente” (MEE) contenida en el actual artículo 28 TCE, forjada a su

¹²⁶ Salvo que exista una razón objetiva que la justifique (STJCE de 7-71-1976, as. *Watson*, 118/75). El TJCE reconoció al artículo 12 TCE efecto directo vertical en la sentencia de 13-2-1969 (as. *Walt Wilhelm*, 14/68). Alguna sentencia parece también reconocerle efecto directo horizontal (STJCE de 12-12-1974, as. *Walrave*, 36/74).

¹²⁷ Directamente relacionadas con la libre circulación de mercancías están el artículo 31.1 (que prohíbe a los monopolios nacionales comerciales toda discriminación respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado) y el artículo 90 (que prohíbe la discriminación fiscal).

vez en la también famosa STJCE de 11-7-74 (as. *Dassonville*, 8/74)¹²⁸. Con arreglo a la jurisprudencia *Dassonville-Cassis de Dijon*, a falta de normativa comunitaria uniforme, las medidas relativas a la producción y comercialización de mercancías, establecidas por los Estados con independencia del origen de aquellas, pero que producen un efecto restrictivo del comercio entre los Estados miembros, sólo son aceptables si se dan dos condiciones: que estén justificadas por razones de interés general -las que se conocen como "exigencias imperativas" (relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores)¹²⁹- y que sean proporcionadas, en el doble sentido de adecuadas para alcanzar la realización del objetivo que persiguen y de no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. De no darse estas condiciones, la medida en cuestión es contraria al artículo 28 TCE y el Estado que la adoptó debe aceptar las mercancías procedentes de otros Estados miembros que hayan sido producidas y comercializadas de conformidad con sus legislaciones nacionales respectivas: es lo que se conoce como principio de "reconocimiento mutuo".

No obstante, el potente efecto limitador de lo que podemos llamar "doctrina MIA" sobre la regulaciones estatales restrictivas de la libertad de comercio fue mitigado por el TJCE en la sentencia de 24-11-1993 (as. *Keck-Mithouard*, C-267 y 268/91). En esta sentencia, el Tribunal consideró necesario reexaminar su jurisprudencia «dado que cada vez es más frecuente que se invoque el

¹²⁸ Medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación es «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario» (ap. 6).

¹²⁹ Téngase en cuenta que el artículo 30 TCE permite exceptuar la aplicación de los artículos 28 y 29 por determinadas razones parcialmente coincidentes con las "exigencias imperativas". Ello no significa que la doctrina de las "exigencias imperativas" sea una reiteración innecesaria de lo dispuesto en el artículo 30, por tres razones: porque el artículo 30 se aplica también a las medidas discriminatorias, mientras que la doctrina de las "exigencias imperativas" sólo es predicable de las MIA; segunda, porque las excepciones del artículo 30 se proyectan sobre medidas restrictivas de la importación o exportación de productos, mientras las "exigencias imperativas" se proyectan sobre todo tipo de medidas restrictivas del comercio intracomunitario; y tercera, porque las excepciones del artículo 30 son aplicables a "medidas indistintamente aplicables" prohibidas, esto es, cuando no puedan ser justificadas por "exigencias imperativas". En definitiva, la aplicación del artículo 30 está condicionada a que la medida nacional esté prohibida ex art. 28, es decir, a que

artículo 30 del Tratado [actual artículo 28] para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos» (apartado 14). Imbuido de esta preocupación, el TJCE distingue entre dos tipos de MIA: por un lado, las medidas relativas a los requisitos que deben reunir las mercancías (denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento); por otro, las que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta. A las primeras les es aplicable la jurisprudencia *Dassonville-Cassis de Dijon* y, por tanto, son medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 del TCE «aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías» (ap. 15). Por el contrario, frente a la jurisprudencia anterior¹³⁰, el segundo grupo de medidas «no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*», siempre que no sean discriminatorias, es decir, «siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la procedente de otros Estados miembros» (ap. 16).

¿Cuál es la razón de esta modificación jurisprudencial? ¿Por qué las medidas estatales que se refieren a las modalidades de venta que no sean discriminatorias no son medidas susceptibles de obstaculizar la libre circulación de mercancías intracomunitaria? Porque la aplicación de este tipo de medidas «no puede impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales» (ap. 17). Con arreglo a la doctrina *Keck*, para considerar si una medida indistintamente aplicable cae o no fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 del TCE hay que atender no

sea discriminatoria o a que, no siendo discriminatoria, obstaculice injustificadamente la libre circulación de mercancías.

¹³⁰ Antes de *Keck*, el TJCE consideraba que las medidas indistintamente aplicables relativas a las modalidades de venta (formas de publicidad de los productos, horarios comerciales, canales de distribución, etc.), si bien no eran

tanto a lo que regula (los requisitos de la mercancía o sus modalidades de venta) como a su efecto externo, esto es, *si impide o no el acceso al mercado nacional o lo dificulta más para los productos foráneos que para los nacionales*. Que ello es así lo confirma la STJCE de 8-3-2001 (as. *Gourmet*, C-405/98), en cuyo apartado 18 se dice: «Es necesario recordar que, según, el apartado 17 de la sentencia *Keck y Mithouard*, antes citada, para que disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta queden fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado [actual artículo 28], no deben impedir el acceso al mercado de productos procedentes de otro Estado miembro o dificultarlo en mayor medida que dificultan los productos nacionales»¹³¹. Tras *Keck*, una medida estatal restrictiva de la libertad comercial indistintamente aplicable a mercancías producidas dentro o fuera del país es susceptible de obstaculizar la libre circulación de mercancías si en la práctica impide el acceso de productos foráneos al mercado nacional, o si en la práctica dificulta ese acceso en mayor medida que dificulta el acceso de productos nacionales a su propio mercado; en definitiva, si condiciona el acceso al mercado nacional de productos foráneos de tal forma que ello supone una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Todo ello, obviamente, a falta de normativa común comunitaria.

¿Es extensible la "doctrina MIA", con la modificación de *Keck*, a las demás libertades fundamentales comunitarias? Desde luego, la respuesta es positiva en sede de libre prestación de servicios: el TJCE ha considerado "restricciones

discriminatorias, restringían el comercio intracomunitario (vid. STJCE de 11-7-1985, as. *Cinéthèque*, 60 y 61/84).

¹³¹ Es decir, la condición de no aplicación del artículo 28 no es el carácter de medida sobre modalidad de venta, sino el carácter de medida que no impide el acceso al mercado nacional de productos foráneos o que no dificulta ese acceso más para los productos foráneos que para los nacionales.

En el caso *Gourmet*, el TJCE consideró que una prohibición total de publicidad sobre bebidas alcohólicas (establecida por la legislación sueca) -que es una medida relativa a las modalidades de venta- «puede dificultar en mayor medida el acceso al mercado de los productos originarios de otros Estados miembros que el de los productos nacionales, con los que el consumidor está espontáneamente familiarizado» (ap. 21). Vid., en el mismo sentido, la STJCE de 13-1-2000 (as. *Heimdienst*, C-254/98), en la que el TJCE consideró igualmente que una medida relativa a modalidades de venta (en concreto, una normativa austriaca que limita la venta ambulante a los comerciantes que tengan establecimiento fijo en la circunscripción correspondiente) podía dificultar el acceso al mercado nacional de

a la libre prestación de servicios” en el sentido del artículo 49 TCE no sólo las medidas discriminatorias, sino también las medidas indistintamente aplicables, tanto las que producen involuntariamente un efecto proteccionista¹³² como las que, aún no teniendo ese efecto, constituyen un obstáculo a la prestación de servicios¹³³; ha aceptado que estas medidas puedan estar justificadas por “razones imperiosas de interés general”¹³⁴; y ha abierto formalmente las puertas a la aplicación a los servicios de la doctrina *Keck* en la sentencia *Alpine Investments*¹³⁵. Tampoco hay mayor problema en extender la doctrina MIA a la libre circulación de capitales: como recuerda el Abogado General en sus conclusiones al asunto *Sandoz*, «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que toda medida que imponga requisitos o que simplemente produzca molestias puede constituir una restricción en el sentido del artículo 73 B, apartado 1 [actual artículo 56.1 TCE]» (ap. 45)¹³⁶.

productos originarios de otros Estados miembros en mayor medida que el acceso de los productos nacionales.

132 Vid. STJCE de 25-7-1991, as. *Säger*, C-76/90.

133 Vid. STJCE de 21-10-1999, as. *Zenatti*, C-67/98.

134 Vid. una relación de jurisprudencia al respecto en DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C.: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, ob. cit., pág. 125.

135 En este caso, la medida presuntamente restrictiva era la prohibición, impuesta por el Ministerio de Hacienda holandés a los prestadores de determinados servicios financieros establecidos en su territorio, de efectuar llamadas telefónicas a clientes potenciales, con miras a ofrecerles sus servicios, sin la autorización previa de estos (es la práctica llamada “cold calling”). El Gobierno holandés y el del Reino Unido alegaban que esta prohibición afectaba sólo a la manera en que se ofrecen los servicios, «por lo que es análoga a las medidas no discriminatorias que regulan las modalidades de venta que, según la jurisprudencia *Keck* y *Mithouard* [...] no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 30 [actual art. 28] del Tratado CEE» (ap. 32). El TJCE rechazó esta argumentación alegando que una prohibición como la controvertida «no sólo afecta a las ofertas hechas a destinatarios que se encuentran en el territorio de dicho Estado, o que se desplazan a él para recibir dichos servicios, sino también a las ofertas dirigidas a destinatarios que se encuentran en el territorio de otro Estado miembro. Por este motivo, condiciona directamente el acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros. Por lo tanto, puede obstaculizar el comercio intracomunitario de los servicios (ap. 38 —el subrayado es mío). Esto es: el TJCE no dice que la jurisprudencia *Keck* no sea pertinente al ámbito de la libre circulación de servicios porque se circunscriba a la libre circulación de mercancías, sino simplemente que no es aplicable al caso concreto porque no se dan las condiciones de su aplicación a ese caso concreto. El Tribunal acepta implícitamente la extensión de *Keck* a la libre prestación de servicios.

136 Asunto C-439/97. Véase en los apartados 37 a 44 de dichas conclusiones un relato de sentencias del TJCE en las que se califican diversas medidas nacionales como restricciones a la libre circulación de capitales.

Mayores cautelas hay que adoptar en relación con las libertades de circulación de sujetos económicos (trabajadores y empresarios), toda vez que, como recuerda la STJCE de 27-1-2000 (as. *Graf*, C-190/98) «el Tribunal de Justicia ha considerado en varias ocasiones que el conjunto de disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tiene por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a los nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro» (apartado 21). Lo que garantizan las libertades de los artículos 39 (libre circulación de trabajadores) y 43 (libertad de establecimiento) del TCE al nacional de un Estados miembro que desea ejercer una actividad profesional (por cuenta propia o ajena) en el territorio de otro Estado miembro es básicamente la *igualdad de trato* con los nacionales del Estado de acogida en el acceso y en el ejercicio de esa actividad. Cuando el acceso y el ejercicio esa actividad esté supeditado en el Estado miembro de acogida a determinados requisitos (indistintamente aplicables a nacionales y extranjeros comunitarios), el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer dicha actividad deberá, en principio, reunir tales requisitos.

Subrayo lo de "en principio" porque el TJCE ha abierto la puerta a la aplicación de la doctrina MIA a las libertades de circulación de sujetos económicos. En lo que respecta a la libertad de circulación de trabajadores, está la STJCE de 15-12-1995 (asunto *Bosman*, C-415/93)¹³⁷, cuya doctrina confirma la STJCE de 27-1-2000 (asunto *Graf*, C-190/98)¹³⁸. En ambas se

¹³⁷ En el caso *Bosman* se cuestiona, entre otras cosas, si el actual artículo 39 TCE se opone o no a las normas adoptadas por determinadas asociaciones o federaciones de fútbol (como la belga) que condicionan el paso de un jugador de fútbol de un club a otro, al término de su contrato, al pago de una compensación económica al club de procedencia por parte del club de destino. Para el TJCE estas normas pueden restringir la libre circulación de los jugadores que deseen ejercer su actividad en otro Estado miembro, impidiéndoles o disuadiéndoles de abandonar los clubes a los que pertenecen incluso después de expirar contratos de trabajo que les vinculan a estos últimos (ap. 99). Como se ve, la restricción a la libre circulación de trabajadores la produce el Estado de origen, no el Estado de acogida.

¹³⁸ En el caso *Graf* se discute si el actual artículo 39 del TCE se opone o no a una normativa austriaca que deniega a los trabajadores el derecho a una indemnización por extinción del contrato de trabajo cuando es el propio trabajador quien pone fin a su contrato de trabajo, al objeto de poder trabajar para otro

parte de la regla general arriba citada (lo que protege el Tratado es la igualdad de trato –ap. 94 de *Bosman* y 22 de *Graf*, arriba transcrito), pero a renglón seguido se admite la doctrina MIA: «Las disposiciones que, indistintamente aplicables, impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad» (apartado 23 de *Graf*, vid también apartado 96 de *Bosman*); y la modificación introducida por *Keck*: «No obstante, para que puedan constituir tales obstáculos, es preciso que condicionen el acceso de los trabajadores al mercado de trabajo» (apartado 23 de *Graf*). No es descartable, por tanto, que una medida nacional indistintamente aplicable a nacionales y extranjeros comunitarios pueda suponer un obstáculo a la libre circulación de trabajadores prohibido por el artículo 39 TCE, salvo que la medida se justifique en razones imperiosas de interés general y que sea proporcionada. No obstante, en aplicación de la doctrina *Keck* al ámbito de la libre circulación de trabajadores, el efecto obstaculizador sólo lo predica el TJCE de las medidas que condicionan directamente el *acceso* al mercado de trabajo, de manera que parecen quedar fuera las medidas que se refieren al *ejercicio* del trabajo (una vez se accede a él); estas últimas, siempre que se predique por igual a nacionales y extranjeros comunitario, no son –a lo que parece-, susceptibles de obstaculizar la libre circulación de trabajadores.

En lo que respecta a la libertad de establecimiento, a favor de la extensión de la doctrina MIA habla la STJCE de 27-9-1988 (as. *Daily Mail*, 81/87) ¹³⁹,

empresario establecido en Austria o en otro Estado miembro, siendo así que esa misma normativa sí concede al trabajador el derecho a esa indemnización cuando el contrato se extingue por causa no imputable al trabajador. El TJCE consideró correctamente que esa normativa no impide ni disuade al trabajador de poner fin a su contrato de trabajo, porque el derecho a indemnización por extinción del contrato de trabajo no depende de la decisión del trabajador de seguir o no con su empresario actual, sino de un acontecimiento futuro e hipotético, la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable al trabajador; se trata de una circunstancia demasiado aleatoria e indirecta como para que quepa considerar que la normativa en cuestión es susceptible de obstaculizar la libre circulación de trabajadores (apartados 24-25).

¹³⁹ En ella se aborda un caso de presunto obstáculo ocasionado por el Estado de origen: una normativa fiscal británica que prohíbe que las sociedades con residencia a efectos fiscales en el Reino Unido cesen de residir en dicho país para desarrollar su actividad en otro Estado sin la autorización de la Hacienda Pública. El paralelismo con la sentencia *Bosman* es claro, hasta el punto de que la doctrina contenida en aquella aplicada en esta: «Por otra parte, el Tribunal de Justicia señaló, en la sentencia de 27

pero, sobre todo, la STJCE de 30-11-1995 (as. *Gebhard*, C-55/94). En esta última sentencia, el TJCE interpreta el actual artículo 43 del TCE en relación con un caso de presunta obstaculización de la libertad de establecimiento por el Estado de acogida¹⁴⁰, que no el de origen (como en las sentencias *Daily Mail*, *Bosman* y *Graf*). El Tribunal recuerda que la libertad de establecimiento «debe ejercerse en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales» (apartado 33), de manera que «cuando el acceso a alguna actividad específica, o su ejercicio, esté supeditado a tales requisitos en el Estado miembro de acogida, el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer esa actividad deberá, en principio, reunir dichos requisitos» (apartado 36). Hasta aquí nada nuevo: estamos ante la aplicación del principio de igualdad de trato. Lo relevante es lo que se dice en el apartado 37: «Sin embargo, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las **libertades fundamentales garantizadas por el Tratado** deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véase la sentencia de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32) ¹⁴¹». (la negrita es mía). Que la doctrina MIA es extendida

de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust* ... que, si bien las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se proponen en especial asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación ... Los derechos garantizados por el artículo 52 y siguientes del Tratado [ahora 49 y ss.] quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir que las empresas dejen el país con miras a establecerse en otro Estado miembro. Las mismas consideraciones se imponen, en relación con el artículo 48 [actual artículo 39], a propósito de las normas que obstaculicen la libre circulación de los nacionales de un Estado miembro que deseen ejercer una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro» (ap. 97).

¹⁴⁰ El Estado de origen del litigante es Alemania, el Estado de acogida es Italia, que exige a quien deseen ejercer como abogado el cumplimiento de determinados requisitos (tener el título de correspondiente y formar parte del Colegio de abogados).

¹⁴¹ En la sentencia *Kraus* se somete a interpretación del TJCE la compatibilidad con los actuales artículos 39 y 43 TCE de una legislación de un Estado miembro que supedita a una autorización previa la utilización en su territorio, por uno de sus propios nacionales, de un título universitario de tercer ciclo obtenido en otro Estado miembro. En el apartado 32 se dice: «En consecuencia, los artículos 48 [actual artículo 39] y 52

por el TJCE a la libertad de establecimiento es patente. Nótese también que el Tribunal alude a todas las libertades fundamentales, por lo que parece apuntar a un tratamiento jurídico unitario de todas ellas. Por lo demás, aun cuando el TJCE guarda silencio al respecto, no parece que haya grandes dificultades para extender la doctrina *Keck* a la libertad de establecimiento: una cosa son las condiciones de acceso a una actividad profesional y otra las condiciones de ejercicio de esa actividad; estas últimas, de no ser discriminatorias, no son susceptibles de obstaculizar la libre circulación de trabajadores.

A la vista de cuanto antecede, no parece aventurado pensar que existe un tratamiento jurídico común en el TJCE de las medidas indistintamente aplicables y, en general, de las libertades fundamentales del mercado interior, sobre la base de la jurisprudencia *Dassonville-Cassis de Dijon-Keck*¹⁴². Con arreglo a esta jurisprudencia, una medida nacional no discriminatoria que condicione el acceso al mercado (propio o ajeno) de objetos económicos (mercancías, servicios y capitales) o de sujetos económicos (empresarios y trabajadores) de forma tal que pueda suponer un obstáculo a las libertades fundamentales del mercado interior, sólo es admisible si se dan estas condiciones: que se justifique por una razón imperiosa de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En ausencia de estas condiciones, esa medida nacional está prohibida por el Tratado¹⁴³ y no puede impedir el acceso al mercado (propio o ajeno) del objeto o sujeto

[actual artículo 43] se oponen a cualquier medida nacional, relativa a los requisitos para la utilización de un título universitario complementario, obtenido en otro Estado miembro, que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, incluidos los del Estado miembro autor de la medida, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Ello es así salvo si dicha medida persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de abril de 1977, Thieffry, 71/76, Rec. p. 765, apartados 12 y 15). Pero, en tal caso, también sería necesario que la aplicación de la normativa nacional de que se trata sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (véase la sentencia de 20 de mayo de 1992, Ramrath, C-106/91, Rec. p. I-3351, apartados 29 y 30)».

¹⁴² En este sentido, vid. BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, ob. cit., págs. 161 y ss.

económico en cuestión. Y no importa la entidad del obstáculo, porque en el ámbito de la libre circulación no es aplicable un *umbral de minimis* que sí se exige en el ámbito de la competencia¹⁴⁴: cualquier efecto en el comercio interestatal, por pequeño o potencial que sea, es suficiente para que se apliquen las normas sobre libre circulación.

En conclusión, la "Constitución europea" impone al Estado español (a todos sus poderes públicos) tanto exigencias de *igualdad* (de no discriminación) como de *libertad* (la superación del test *Dassonville-Cassis de Dijon-Keck*) a la hora de adoptar cualquier medida que afecte a la libre circulación intracomunitaria. En otras palabras, la regulación pública de o sobre el mercado español está sujeta no sólo a límites constitucionales internos, sino también a límites "constitucionales" externos, derivados de la integración de ese mercado en el comunitario.

¹⁴³ Salvo que se den las excepciones previstas específicamente por el propio Tratado, arriba relacionadas.

¹⁴⁴ Según la regla *de minimis*, las normas de competencia sólo son aplicables cuando los efectos económicos de la actividad anticompetitiva de las empresas tienen una entidad suficiente desde el punto de vista cuantitativo. La afectación al comercio entre los Estados miembros ha de ser sensible o significativa.

PARTE SEGUNDA
LA LIBERTAD DE EMPRESA

CAPITULO V

NATURALEZA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA LIBERTAD DE EMPRESA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL.

El primer interrogante que plantea la libertad reconocida en el artículo 38 es el de su propia naturaleza: ¿es un derecho fundamental? ; ¿acaso una mera garantía institucional –o de instituto– del sistema económico? ; ¿o un derecho fundamental concebido como una garantía institucional –o de instituto– y no como derecho subjetivo?.

Mi punto de partida es éste: **el artículo 38 de la Constitución consagra un derecho fundamental**. La calificación como **fundamental** no resulta demasiado problemática: todos los derechos y libertades del Capítulo II del título I (y el art. 38 es el que cierre este capítulo) son derechos fundamentales, en tanto en ellos concurre el rasgo que permite identificarlos como tales: la existencia de un contenido esencial que ha de ser respetado por el legislador (art. 53.1 de la Constitución). La polémica en torno a cuáles son los derechos fundamentales que la Constitución consagra parece hoy claramente resuelta en favor de la tesis que defiende que son los que vinculan al legislador. Es la concepción más generalizada en la doctrina española¹ y la que ha cuajado

¹ En palabras de RUBIO LLORENTE, «ni las diferencias existentes en cuanto a las vías procesales utilizables para la defensa de los derechos, ni las que afectan a las condiciones exigidas para la reforma de los enunciados que los consagran, quiebran la unidad de la clase integrada por todos los derechos que la Constitución otorga a los ciudadanos directamente, sustrayéndolos a la libertad del legislador, el cual, con independencia de que su intermediación pueda ser necesaria para el ejercicio de los derechos, ha de respetar su existencia y su contenido mínimo»

finalmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional². Así lo ha entendido el mismo Tribunal en relación con la libertad de empresa en particular³.

Más problemática es la calificación como **derecho**, ya que debe tenerse en cuenta que, si bien sólo son fundamentales los derechos y libertades recogidos en el Capítulo II, no todas las disposiciones de este Capítulo consagran derechos fundamentales. En verdad, la duda sobre si el artículo 38 consagra o no un auténtico derecho subjetivo la ha sembrado el propio Tribunal Constitucional. En efecto, la libertad de empresa es frecuentemente calificada como garantía institucional⁴; o se dice que en ella «predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional»⁵; o se pone el acento en que el artículo 38 de la Constitución atribuye una mandato a los poderes públicos para garantizar el ejercicio de la libre empresa⁶; o se la califica de principio⁷ o garantía constitucional⁸. Da la impresión de que, en el parecer del Tribunal, el artículo 38 consagra un mero «parámetro del orden económico», un principio que debe ser respetado con carácter general, pero del que no se derivan

[RUBIO LLORENTE, F.: «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares», 75 *Claves de la Razón Práctica* (1997), pág. 3].

² Vid., por todas, SSTC 160 y 161/1987.

³ Así se expresa la STC 37/1981 (las cursivas son mías): «... es forzoso precisar, en la medida estricta aquí necesaria, el contenido del precepto constitucional cuya lesión se aduce en primer término, esto es, del art. 38 de nuestra Ley Fundamental en cuanto reconoce "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites, como el de aquellos que definen *los demás derechos y libertades* consagrados en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, está asegurado en ésta por *una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial* (art. 53.1 de la Constitución)» [fj 2].

⁴ STC 111/1983, fj 10; 87/1985, fj 8; y 136/1991, fj 1.

⁵ SSTC 83/1984, fj 3, párr. 3.º; y 225/1993, fj 3 B, párr. 2.º.

⁶ STC 37/1987, fj 5, párr. 2.º.

⁷ SSTC 5/1981, fj 8, párrafo 1; 103/1989, fj 6, apartado b; 62/1991, fj 2; 17/1990, fj 16, párrafo 3; 135/1992, fj 8, párr. últ; y 109/2003, fj 15, párr. últ.

⁸ STC 84/1993, fj 2 B.

reglas jurídicas accionables ante los Tribunales⁹. En definitiva, estaríamos, más que ante un derecho (fundamental), ante una garantía de instituto.

Entiendo que la libertad de empresa es un derecho subjetivo. Así se desprende de su historia: la libertad de empresa es la heredera de la vieja "libertad de comercio e industria", que las Constituciones decimonónicas no proclamaban, porque la presumían¹⁰. Así se desprende también de su forma de positivización: el artículo 38 alude a una «libertad» que «se reconoce»¹¹. Así se desprende, sobre todo, de su contenido, cuya delimitación es el objetivo central de esta segunda parte. En fin, así lo confirma, a pesar de todo, el

⁹ Esta es justamente la tesis que sostiene el Voto particular a la STC 37/1981: «... el artículo 38 establece los parámetros del orden económico, *pero no reglas jurídicas de libertad de actuación de las empresas en los concretos aspectos de la actividad económica*. A nuestro juicio, no hay razón alguna para que los empresarios se encuentren en situación privilegiada respecto del resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concreta, pero no un ámbito de libertad total. De este modo nosotros creemos que *no todas las modificaciones de la concreta libertad de los empresarios se tienen que situar en el marco del artículo 38 de la Constitución*, sino que se ubican en aquellos campos especiales a los que se refiera cada tipo de actividad». En consecuencia, «si la llamada libertad de empresa es un principio inspirador de la línea del orden económico, sólo puede hablarse de un "contenido esencial" de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido, más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados. Como hemos dicho más arriba, el marco constitucional permite sistemas económicos diferentes y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limiten la libertad de los empresarios, no alteran los términos del artículo 38». Las cursivas son mías.

¹⁰ Por lo demás, en el artículo 32.1 del Anteproyecto de Constitución se decía: «Se reconoce el *derecho* a la libre iniciativa económica privada.». El Informe de la Ponencia Constitucional, haciéndose eco de un voto particular de Fraga, dará al derecho su calificación definitiva.

¹¹ Idénticos calificativos emplea la Constitución al referirse a la enseñanza (art. 27.1) o a la creación de centros docentes (art. 27.6). También «se reconocen» los «derechos» de los arts. 20.1 (que también «se protegen»), 21.1, 22.1, 33, 34 y 37.2.

Es verdad que la Constitución utiliza sin rigor alguno los términos «derecho» y «libertad», por lo que no cabe inferir del artículo 38 nada definitivo sobre la *especie* de derecho subjetivo que reconoce. No obstante, sí cabe presumir razonablemente la pertenencia al *género* derecho subjetivo: hablar de un «derecho» o «libertad» que «se reconoce» es, *a priori*, aludir a un derecho subjetivo, salvo que una interpretación en profundidad del objeto de conocimiento permita deducir lo contrario.

Tribunal Constitucional, al admitir en la libertad de empresa una dimensión subjetiva inseparable de la dimensión objetiva¹².

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO SUBJETIVO.

La cualidad de derecho subjetivo permite delimitar la libertad de empresa tanto positiva como negativamente. La delimitación positiva nos lleva a indagar en el concepto de derecho subjetivo; la delimitación negativa supone negar que la libertad de empresa sea una garantía institucional.

2.1. La delimitación positiva: concepto y estructura del derecho subjetivo.

2.1.1. El concepto de derecho subjetivo.

El concepto de derecho subjetivo (como todo concepto jurídico) sólo puede entenderse en clave histórica. Si echamos una ojeada a la historia, observamos la siguiente evolución conceptual¹³:

¹² Vid., sobre todo, las SSTC 225/1993 (fj 3 B párr. 4.º) y 227/1993 (fj 3 e).

La calificación como derecho fundamental o como derecho subjetivo está presente en muchas sentencias. Así, en la STC 46/1983 (fj 6) se alude a la libertad de empresa como derecho fundamental, si bien para poner el acento en el carácter de derecho no recurrible en amparo. En la STC 17/1990, después de calificarla como principio (fj 16, párrafo 3), se alude a ella como derecho (fj 17, párrafo 3). También es calificada como derecho en las SSTC 64/1991 (fj 6), 89/1994 (fj 7), 99/1994 (fj 4) y 109/2003 (fj 15). En la STC 14/1992 (fj 12), se dice, a título incidental, que «en el plano de la Constitución ... la protección pública de los *derechos de los empresarios* se encuadra más bien en otros preceptos (como, por ejemplo, los arts. 38, 52 y 130) que en el art. 51.1.». También se infiere la consideración subjetiva de la libertad de empresa de la STC 208/1993 (ff. jj. 4 y 5), para la que ésta es «un espacio abierto a la autonomía individual».

¹³ Vid. voz «Derecho subjetivo», en VV. AA: *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas, 1995), págs. 2369 y ss.

- Una primera concepción, deudora de las aportaciones de la Escuela del Derecho Natural, se explica históricamente en el marco de la revolución liberal, que acaba con los privilegios estamentales e instaura un régimen de libertad igual para todos los ciudadanos. Este régimen, que opera tanto en las relaciones entre los individuos entre sí como en las relaciones de los individuos con el Estado, plasma en dos textos normativos – Código Civil y Constitución– cuyo objetivo fundamental es salvaguardar el valor del individuo.

Es en este contexto individualista en el que surge la llamada *teoría de la voluntad*, ligada a los nombres de Savigny y Windscheid: el derecho subjetivo es un ámbito de señorío de la voluntad, o lo que es lo mismo, la voluntad jurídicamente protegida. Esto significa, de una parte, que el individuo es casi absolutamente libre de delimitar el contenido y el ejercicio de sus derechos y, de otra, que corresponde al Estado como única misión la de asegurar la realización de esa voluntad individual en que consiste el derecho subjetivo. El ordenamiento jurídico se configura así como un sistema de derechos subjetivos.

- La concepción radicalmente individualista en la que se asienta la teoría de la voluntad habría de entrar en crisis. Poco o poco va calando la idea de que el interés general no puede quedar reducido a la suma de los intereses individuales, por lo general ejercitados con criterios egoístas. Poco a poco va calando también la idea de que el Estado debe asegurar no sólo la realización de los intereses individuales, sino también de específicos y autónomos intereses de la colectividad.

El derecho subjetivo sirve a los intereses particulares, pero no a cualesquiera intereses particulares, sino a aquellos que la sociedad considere merecedores de protección, en tanto contribuyen a la realización de la vida social. El derecho subjetivo ya no es un simple poder de la voluntad, sino un poder tutelable en la medida en que se asiente en un interés digno de protección.

Surge así una nueva concepción, la llamada *teoría del interés*, debida a Ihering, que, aún moviéndose en un marco liberal, viene a decirnos que los derechos subjetivos, aún respondiendo al interés individual, no se conceden o reconocen porque sí, sino por alguna razón digna de protección para la sociedad, y esa razón es la que justifica su existencia. El ejercicio de un derecho que se aparte de la finalidad o el interés que lo fundamenta es un ejercicio abusivo o antisocial y, por tanto, no tutelable jurídicamente.

- Lo que comienza siendo una cuña social en la concepción individualista del derecho subjetivo deviene en un ataque frontal, con el paso del Estado Liberal al Estado Social. Este ya no asiste impasible al libre juego de la voluntad de los individuos, ni aún cuando ello suponga la satisfacción de intereses dignos de protección, sino que pretende configurar la sociedad misma, para procurar más justicia social y, sobre todo, para asegurar la supervivencia del capitalismo (que se convierte en social para subsistir como capitalismo). En estas circunstancias, el derecho sólo se considera protegible si responde a una *función social*. Esto supone lisa y llanamente la incorporación de la idea de *deber o carga social*: el ejercicio del derecho comporta deberes o cargas para el cumplimiento de una función social¹⁴.

De toda esta evolución conceptual resulta lo siguiente: el derecho subjetivo ha significado históricamente siempre un *ámbito de poder* del individuo, que éste ejerce en interés particular (teoría de la voluntad). Ahora bien, ese ámbito de poder ha sido doblemente recortado:

- primero, porque ha de responder a un interés digno de tutela, que es el que da vida al derecho y, al propio tiempo, delimita su contenido (teoría del interés);

¹⁴ Es tal la fuerza de la noción de «función social» que, en el parecer de DUGUIT, ello supone la negación misma del derecho subjetivo. No obstante, la teoría de la función social, más que a negar, ha contribuido a reformular el concepto de derecho subjetivo, en el sentido de incorporar al ejercicio de éste del necesario cumplimiento de deberes o cargas sociales.

- segundo, porque ese interés particular que anima al derecho ha de ser compatible con el interés general que define el Estado; siendo así que la norma jurídica que reconoce o crea¹⁵ el derecho subjetivo puede imponer al sujeto cargas sociales que, inevitablemente, reducen sus posibilidades de obrar (teoría de la función social).

Calificada la libertad de empresa como derecho subjetivo, le es aplicable esta conceptualización. Es por tanto un ámbito de poder jurídico «reconocido» por la Constitución¹⁶, cuyo contenido hay que descubrir, que responde a una razón o un interés digno de tutela, que es también preciso averiguar¹⁷, y que ha de ser compatible con las exigencias que el interés general impone¹⁸.

¹⁵ No entro a analizar el problema de si el derecho subjetivo es, o bien reconocido, o bien concedido por el Derecho Objetivo. Estoy de acuerdo con DIEZ PICAZO y GULLÓN cuando dicen que el derecho subjetivo «se ha de asentar en la norma jurídica. Pero ésta ha de reconocer a la persona un campo de actuación libre por su misma naturaleza. Dice certeramente HELMUT COING que en el orden jurídico se realiza la dignidad humana cuando el Derecho asegura a los hombres una esfera en la que pueden obrar como seres independientes y autorresponsables moralmente, en la que no estén sometidos al poder de otros hombres ni convertidos en mero instrumento al servicio de los fines de la comunidad. En otras palabras, la norma jurídica no puede limitarse a ordenar conductas o establecer rigidamente pautas de actuación de la conducta humana, porque desaparecería la libertad de la persona y con ella el derecho subjetivo» [DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I (Tecnos, 1995), pág. 286].

¹⁶ El art. 38 de la Constitución «reconoce» la libertad de empresa, expresión ésta a la que conviene no sacar demasiadas consecuencias, dado el poco rigor terminológico con el que se desenvuelve nuestro legislador constituyente. En todo caso, sí que puede decirse que esa expresión hace patente algo elemental: la libertad de empresa como derecho *subjetivo* es anterior a la Constitución (existe desde que hay capitalismo, o, si se prefiere, desde que hay economía de mercado). Ahora bien, como derecho *fundamental* es creado (o re-creado) por la Constitución, que, al incorporarlo, lo convierte en un derecho con un significado propio.

¹⁷ Ese interés que está detrás de la libertad de empresa es el que permite delimitar su contenido, si bien el interés que explica la libertad de empresa y el poder en que ésta consiste son cosas distintas. A este respecto, diferencia ALEXY las *razones* para los derechos subjetivos y éstos en sí, entendidos como *posiciones y relaciones jurídicas*; aunque entre los enunciados sobre *razones* y los enunciados sobre *derechos* existe una relación de fundamentación. En definitiva, «una cosa es la razón de un derecho y otra el derecho que se acepta en virtud de esa razón» [ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de estudios constitucionales, 1997), págs. 178 y ss].

¹⁸ Estas exigencias están presentes en el propio enunciado del artículo 38 (los poderes públicos aseguran el ejercicio de la libertad de empresa «de acuerdo con las exigencias de la economía general») y a lo largo del articulado (en particular, el artículo 128.1 subordina toda la riqueza del país al interés general).

2.1.2. La estructura del derecho subjetivo.

Adscrita la libertad de empresa a la categoría «derecho subjetivo», es necesario referirse a su estructura técnica, que se compone de tres elementos: sujeto, objeto y contenido:

2.1.2.1. El **Sujeto** es la persona (física o jurídica) a la que corresponde el ámbito de poder en que el derecho subjetivo consiste. La cualidad que a la persona confiere el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo recibe el nombre de *titularidad*.

Quiénes sean los titulares específicos de la libertad de empresa es algo que no corresponde dilucidar ahora: me remito al capítulo siguiente. Sin embargo, de la pertenencia al género «derecho subjetivo» se puede avanzar una conclusión importante: la titularidad es siempre de la persona (física o jurídica). Esto supone que, en tanto la Constitución reconoce en la libertad de empresa un verdadero derecho subjetivo, la protección que otorga alcanza a cada persona titular de la misma sin excepción.

La observación no es trivial, pues detrás de ella está la polémica entre las teorías objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales¹⁹: con arreglo a la primera, lo que protege la Constitución es el derecho fundamental como institución jurídica abstracta (su titular resulta ser así la *comunidad*); con arreglo a la segunda, el objeto de protección es el derecho subjetivo concreto de cada titular²⁰. Es esta última tesis la que, obviamente, resulta más

¹⁹ Un resumen de ambas teorías en la doctrina alemana se encuentra en GAVARA DE CARA, J.C.: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo (la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn)* (Centro de Estudios Constitucionales, 1994), págs. 23 y ss.

²⁰ Las consecuencias de una y otra son evidentes: mientras que para la teoría objetiva no afectan al contenido esencial y, por tanto, son plenamente admisibles las medidas de sacrificio individual de los derechos fundamentales, con tal de que estos conserven su significado institucional (o, lo que es lo mismo, con tal de que no afecten a la mayoría de la población), para la teoría subjetiva, en cambio, sería inconstitucional cualquier incidencia en el contenido esencial, aunque afecte sólo a

coherente con la catalogación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, y la que vamos a seguir²¹.

2.1.2.2. El **Objeto** es la realidad sobre la que recae el poder del titular. Lo que caracteriza a los derechos recogidos en la Constitución es precisamente que su objeto no está definido, sino a lo sumo enunciado y, además, de forma sintética o abstracta, por lo que su determinación demanda, por una parte, un esfuerzo interpretativo y admite, por otra, la concreción normativa (llevada a cabo por el legislador -art. 53.1 CE)²². Lo peculiar de la libertad de empresa estriba en que tiene un doble objeto: un objeto inmediato, la realidad sobre la que se proyecta, que es la empresa –véase el capítulo siguiente-; y un objeto mediato, la realidad a la que se dirige el titular, que es el mercado, instituto garantizado que ha sido analizado en el capítulo anterior.

2.1.2.3. El **contenido** está integrado por un haz de *posiciones* (llamadas facultades en el ámbito de los derechos patrimoniales), esto es, un conjunto de posibilidades de acción que se reconocen o conceden a la persona. El dato esencial que caracteriza a estas posiciones respecto de otros poderes jurídicos es su dependencia del derecho subjetivo, de tal suerte que, si se desgajan de

personas concretas. Ciertamente, como se verá en el capítulo VII, la regla de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) se dirige al legislador, y este actúa normalmente a través de normas generales y no singulares.

²¹ Como señala con razón ALEXY, «El carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales habla en favor de un mantenimiento de la teoría subjetiva, por lo menos, al lado de la objetiva» [ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pag. 288].

Ciertamente, la teoría objetiva y la teoría subjetiva no son incompatibles, sino que pueden coexistir pacíficamente desde la contemplación de la doble dimensión (objetiva y subjetiva) de los derechos fundamentales. Sobre este tema volveremos más adelante.

²² No se debe confundir el *objeto* del derecho ni con el *interés*, ni con el *contenido* del mismo. El *objeto* alude al ámbito de la realidad sobre el que se proyecta el poder del sujeto; el *interés* a la razón que justifica la existencia y protección del derecho; y el *contenido*, al conjunto de facultades que sobre el objeto puede ejercer el titular del derecho.

La definición del «objeto» del derecho que aquí se mantiene difiere de la que se suele dar en la teoría general de los derechos fundamentales, que identifica el objeto de los mismos con la obligación que impone a sus destinatarios (los sujetos pasivos). En mi opinión, esta obligación no es tanto el objeto del derecho fundamental como la otra cara de la relación jurídica que pone en pie la norma que reconoce el derecho fundamental, como más adelante precisaré.

él, no circulan como tales posiciones, sino que se constituyen en nuevos derechos subjetivos.

Puede adelantarse ya (sin perjuicio de lo que se dirá en el capítulo VII) que lo que singulariza al contenido de los derechos fundamentales es tanto su carácter abstracto como la indeterminación de sus condiciones de aplicación²³. En rigor, lo que la Constitución protege es más bien un «status»²⁴ (que, en el caso de la libertad de empresa, es esencialmente un «status negativo», una esfera de libertad individual). Este «status» está formado por posiciones abstractas y de aplicación indeterminada, cuya traducción en posiciones concretas y determinadas reclama la intervención del legislador, que es una intervención concretizadora y determinadora del contenido constitucional del derecho, nunca constitutiva de ese contenido²⁵. Dicho de otro modo, sólo son derecho fundamental las posiciones que integran su contenido constitucional (su contenido esencial, en definitiva) —que llamamos posiciones *esenciales*—, debidamente concretadas y determinadas por el legislador en posiciones adscritas a esas posiciones esenciales. Las posiciones añadidas por el legislador y que no puedan adscribirse a una posición esencial (el llamado *contenido adicional*) no son contenido del derecho fundamental, sino derechos subjetivos de creación legal, aún cuando traen causa en el derecho reconocido o creado en la Constitución y, por tanto, están fuertemente conectados a él²⁶. El contenido esencial de la libertad de empresa es objeto del capítulo central de esta segunda parte (capítulo VII).

²³ Esta indeterminación es especialmente visible en la libertad de empresa, dadas las múltiples posibilidades de limitación de la misma que la Constitución ofrece (basta con remitirse a las normas que integran la cláusula de Estado Social).

²⁴ Así se admite desde la obra de G. Jellinek («System der subjektiven öffentlichen Rechte», 1892; existe una traducción italiana: «Sistema dei diritti pubblici subiettivi», SEL, 1912). Sobre la teoría de los status de Jellinek, vid. ALEX, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 247 y ss.

²⁵ Sobre la indeterminación semántica y de aplicación de las normas de derecho fundamental y el papel del legislador al respecto me remito al capítulo VII.

²⁶ Como apunta JIMÉNEZ CAMPO, «la definición constitucional del objeto del derecho marca el límite *máximo* que pesa sobre el legislador, lo que no ha de impedir, como es obvio, que la ley instituya otras situaciones jurídicas subjetivas, aunque sí predicar de éstas los rasgos propios de los derechos fundamentales» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: «El legislador de los derechos fundamentales»; en GÓMEZ, U. (dir.):

Todo derecho subjetivo es siempre una situación jurídica protegida, por lo que se suele afirmar que forma parte de su contenido la protección que recibe, entendida ésta en sentido estricto de justiciabilidad²⁷. En mi opinión, es necesario distinguir entre el contenido material del derecho (un conjunto de posiciones jurídicas) y la facultad de impulsar la acción de la justicia para obtener la tutela de ese contenido²⁸, que es lo que se conoce como derecho de acción (o simplemente acción). La acción es un derecho subjetivo distinto del derecho en sí (y reconocido al máximo nivel –artículo 24.1 CE²⁹), pero instrumental de éste, al que tiene la finalidad de servir.

La norma que reconoce o concede el derecho subjetivo pone en pie una relación jurídica entre el sujeto activo o titular del derecho y el sujeto pasivo u obligado por el mismo. En efecto, siempre que el ordenamiento atribuye a un sujeto un conjunto de posiciones jurídicas, impone recíprocamente a otro u otros sujetos un conjunto de deberes en relación con esas posiciones (normalmente deberes de respeto de la situación del titular, pero también

Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto (Universidad de Oviedo, 1993), pág. 503.

²⁷ Dice JIMÉNEZ CAMPO: «La justiciabilidad, desde luego, es un criterio para identificar, con carácter general, el derecho subjetivo y también, en lo que aquí interesa, el derecho creado por la Constitución, hasta el extremo de que la privación legislativa de defensa jurisdiccional lesionaría el propio contenido del derecho fundamental comprometido y no sólo el genérico derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Trotta, 1999), pág. 23.

²⁸ Así lo entiende también ALEXY, que distingue los derechos subjetivos (entendidos como posiciones y relaciones jurídicas), no sólo de las razones para los derechos subjetivos (como sabemos), sino también de la *imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos*. En definitiva, una cosa son los enunciados sobre derechos y otra los enunciados sobre la protección. Estos últimos también «expresan una posición jurídica, es decir, la capacidad jurídica (el poder jurídico, la competencia) para imponer un derecho. También esta posición puede llamarse "derecho".» [ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 180 a 183].

²⁹ Este precepto, que abre la vía judicial a todo aquél que vea lesionados sus derechos e intereses legítimos, sería parcialmente superfluo (en lo que se refiere a los derechos) si se entiende que en el contenido del derecho subjetivo se encuentra la capacidad de hacerlo valer en juicio. En verdad, el artículo 24.1 CE positiviza una corolario lógico de la existencia de los derechos subjetivos (no hay derecho sin remedio judicial), por lo que, en ausencia de regulación constitucional expresa, el derecho de acción habría de entenderse implícito en la norma que reconoce el derecho subjetivo (y, por ende, el derecho fundamental).

deberes especiales de conducta impuestos a sujetos determinados)³⁰. En sentido estricto, estos deberes no forman parte del contenido del derecho subjetivo, sino de la relación jurídica que nace de él (se trata de deberes relacionales).

Lo anterior vale también para los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento por la Constitución hace nacer una relación jurídica de derecho fundamental entre el titular de derecho y el obligado por él. Esta relación suscita un doble interrogante: ¿cuál es el contenido de la obligación del sujeto pasivo?; y, sobre todo, ¿quién es el sujeto pasivo de los derechos fundamentales? La respuesta a la primera cuestión depende del tipo de derecho fundamental (derecho de libertad, de participación o de prestación), lo que trataré en otro apartado de este capítulo. Sobre la segunda cuestión planea el espinoso asunto de la *Drittwirkung*: los derechos fundamentales han sido tradicionalmente considerados derechos *públicos* subjetivos, es decir, derechos frente al Estado, frente a los poderes públicos (los sujetos pasivos), por lo que imponen a estos deberes correlativos (que, en el caso de los derechos de libertad -como la libertad de empresa-, son esencialmente deberes de abstención, de no hacer). No obstante, en la actualidad se defiende con fuerza su eficacia frente a los particulares, bien inmediata, bien mediata (a través de la intermediación del legislador y/o del juez). De este tema me ocupo en el capítulo siguiente.

Cosa distinta de los deberes que la relación jurídica de derecho subjetivo impone a sujetos distintos del titular son las *cargas*, deberes que se imponen al mismo titular del derecho para su ejercicio legítimo. Muchas de estas cargas vienen exigidas por la función social que modernamente se atribuye los derechos subjetivos, en particular a los derechos económicos, entre los que se encuentra la libertad de empresa. Estas cargas no forman parte del contenido del derecho, pero sí recortan sus posibilidades de despliegue: afectan al

³⁰ Ahora bien, no siempre sucede al revés, esto es, puede ocurrir que el ordenamiento imponga a un sujeto un deber jurídico sin que exista otro sujeto con derecho a reclamar el cumplimiento de ese deber. Estaríamos así ante un deber no relacional.

ejercicio del derecho subjetivo. El artículo 38 de la Constitución alude expresamente a dos cargas que debe soportar la libertad de empresa: la carga de la productividad (no es ejercicio válido de la libertad de empresa su ejercicio antiproduktivo³¹) y las cargas derivadas de las "exigencias de la economía general".

2.2. La delimitación negativa: la libertad de empresa no es una garantía institucional³².

2.2.1. Planteamiento del problema.

Justamente por ser un derecho subjetivo, la libertad de empresa no puede confundirse con una garantía institucional (más específicamente, garantía de

³¹ El ejercicio antiproduktivo de la libertad de empresa es ejercicio antisocial de este derecho. En este sentido, la Constitución enlaza con el artículo 7.2 del Código Civil, cuando dice que la ley no ampara el ejercicio antisocial del derecho.

³² Sobre la categoría de la garantía institucional y el problema de sus relaciones con la categoría de los derechos fundamentales se ha escrito ya bastante en nuestro país, siendo bien conocida la literatura en cuestión. Sin ánimo de ser exhaustivo, conviene citar las siguientes obras (por orden alfabético de autores):

- BAÑO LEÓN, J.M.^a: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», 24 *REDC*, págs. 155 y ss.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», 25 *REDC*, págs. 35 y ss (especialmente, págs. 54 a 62).
- GALLEGU ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Civitas, 1994) (obra ya citada)
- JIMÉNEZ-BLANCO, A.: «Garantía institucional y derecho fundamental en la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II (Civitas, 1991), págs. 635 y ss (obra ya citada).
- PAREJO ALFONSO, L.: *Garantía institucional y autonomías locales* (IEA, 1981); y «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», 3 *REDC*
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», 71 *REP*, págs. 87 y ss (en particular 105 a 108); y «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», 32 *REDC*, págs. 73 y ss (en particular 82 a 101).

instituto). Un derecho subjetivo es cosa cualitativamente distinta a una garantía institucional. Esta afirmación, que nadie discute, vale también cuando ese derecho reviste la condición de fundamental: la incorporación a la Constitución no anula, ni siquiera debilita la dimensión *subjetiva* del derecho; muy al contrario, la llamada dimensión *objetiva* (que se confunde erróneamente con la noción de garantía institucional) lo que hace es reforzarla, al atribuir a los poderes públicos deberes positivos de aseguramiento del derecho que, sin ella, no tendría.

No faltan quienes, entre nosotros, entienden que los derechos fundamentales engloban siempre garantías institucionales, al amparo de su dimensión objetiva³³, o bien los conciben básicamente como institutos garantizados³⁴. Lo cierto es que esta interpretación ha llegado al Tribunal Constitucional, que no distingue claramente entre «derecho fundamental» y «garantía institucional». En efecto, a propósito de la autonomía universitaria, nuestro Alto Tribunal declara con carácter general que «derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que

³³ Para BAÑO LEÓN («La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», 24 *REDC*, ob. cit.), el concepto «derecho fundamental» tiene un significado polivalente, que no responde a una visión exclusivamente defensiva de los derechos, pues posee también un aspecto objetivo (en el que es fundamental la labor del legislador), de manera que la categoría «libertad pública» (en que se expresa dicha visión) y la de «garantía institucional» (que refleja la segunda) son dos manifestaciones del mismo fenómeno: el derecho fundamental.

³⁴ Para PEREZ LUÑO, «la protección del contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales. En suma, la *Wesengehaltsgarantie* se refiere a la obligación del legislador de salvaguardar la institución» [PEREZ LUÑO, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, 1986), pág. 312].

A parecida conclusión llega PAREJO ALFONSO, para quien el concepto de derecho fundamental de que parte el artículo 19.2 de la Constitución alemana (que inspira nuestro artículo 53.1) «no es igual a derecho de los diferentes ciudadanos individualmente considerados, sino a derecho fundamental como categoría general. Dicho de otro modo, aquel precepto no garantiza los derechos de cada individuo (derechos públicos subjetivos), sino las disposiciones constitucionales que los reconocen (el Derecho objetivo público). » [PAREJO ALFONSO, L.: «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981»; 3 *REDC*, ob. cit, pág. 184].

necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales»³⁵. Esta despreocupación por distinguir es explicable si reparamos en que, para el Tribunal, lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional, el núcleo básico de la institución, no es sustancialmente distinto de lo protegido por el derecho fundamental, el contenido esencial³⁶.

Coincido con JIMENEZ BLANCO cuando afirma que la utilización por el Tribunal Constitucional de la noción de garantía institucional en el ámbito de los derechos fundamentales «ha tenido siempre un evidente propósito de rebajar la eficacia práctica del correspondiente precepto»; esto es, «la garantía institucional, si bien sirve como técnica de protección en el ámbito de la organización de los poderes públicos, en el campo de los derechos fundamentales, y no deslindada de la visión objetiva de los mismos, concluye en la rebaja de su contenido y eficacia»³⁷.

Esta confusión interesada entre derecho fundamental y garantía institucional (y entre ésta y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales) es especialmente visible en los derechos de carácter patrimonial³⁸. Como se dijo más atrás, el Tribunal Constitucional califica frecuentemente la libertad de empresa como garantía institucional (o conceptos aledaños) y, si bien no niega una dimensión subjetiva en la misma, deja muy claro que en ella «predomina, como es patente, el carácter de

³⁵ STC 26/1987, fj 4, apartado a), párrafo primero.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ JIMÉNEZ-BLANCO, A.: «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución»; en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, ob. cit., pág. 642.

³⁸ En relación con el derecho de propiedad, véase especialmente la posición de REY MARTÍNEZ (*La propiedad privada en la Constitución Española*, ob. cit., págs. 220 a 232), que, frente al parecer del Tribunal Constitucional (STC 37/1987), entiende que la propiedad privada no puede considerarse, en rigor, una garantía de instituto.

garantía institucional»³⁹. Esta posición prevalente de lo institucional frente a lo individual es justificada en la necesidad de hacer compatible la *libertad de empresa-instituto* con los múltiples títulos de intervención pública en el mercado que autoriza la Constitución⁴⁰. Esta necesaria compatibilización se hace a costa de la *libertad de empresa-derecho subjetivo*, que ha de ejercerse «con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general»⁴¹ (el subrayado es mío), o «dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado»⁴².

2.2.2. La evolución del concepto de garantía institucional: de la contraposición a la influencia en el concepto de derecho fundamental⁴³.

Sin duda alguna, la razón de la confusión tiene mucho que ver con la evolución de la noción de «garantía institucional». Sobre el origen de la noción ya se ha dicho algo en el capítulo anterior. Aquí interesa resaltar que la «garantía institucional» originariamente se contrapone al «derecho fundamental». Para Carl SCHMITT⁴⁴, el verdadero «derecho fundamental» (el derecho de libertad)⁴⁵ es siempre un derecho del individuo, anterior y superior

³⁹ SSTC 83/1984, fj 3, párr. 3.º; y 225/1993, fj 3 B, párr. 2.º.

⁴⁰ «... la libertad de empresa, que la Constitución reconoce en su art. 38 [en el marco de la economía de mercado] ... se halla en directa conexión con los arts. 128 y 131, en relación con los cuales debe ser interpretado (SSTC 37/1981 y 11/1983)», recuerda la STC 225/1993 (fj 3 B, párr. 1.º). Más explícitamente, la STC 227/1993 (fj 4 e), dispone que «en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, fundamento jurídico 4.º)».

⁴¹ STC 225/1993, fj 3 B, párr. 4.º.

⁴² STC 227/1993, fj 3 e.

⁴³ La información que se ofrece en este apartado se basa en los dos excelentes artículos de J.J. SOLOZÁBAL más arriba citados.

⁴⁴ SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución* (Alianza Universidad, 1982), págs. 164 y ss (§14 «Los derechos fundamentales»).

⁴⁵ SCHMITT contrapone los derechos de *libertad* a los derechos *político-democráticos* y a los derechos *socialistas* (o más suavemente, *sociales*), esto es, los derechos del individuo a prestaciones del Estado. Pues bien, «en un Estado burgués

al Estado (por lo tanto, prejurídico), que asegura a aquél una esfera de libertad ilimitada en principio, siendo así que, si bien cabe ingerencia del Estado (ingerencia de la ley), ésta supone una excepción, por lo que es siempre limitada en principio, mensurable y controlable. Por contra, la «garantía institucional» es limitada (frente al carácter absoluto del derecho fundamental), en tanto existe sólo dentro del Estado (frente al carácter preestatal del derecho fundamental) y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y de ciertos fines.

Formuladas inicialmente como contrapuestas, andando el tiempo ambas categorías se han ido aproximando, en el sentido de influencia de la idea de garantía institucional sobre el concepto de derecho fundamental. Esta influencia se ha proyectado doblemente:

I. La primera proyección ha consistido en *la incorporación al derecho fundamental del concepto de «contenido esencial»*, que es una traslación (una auténtica apropiación) de la «Leit-bild» de la institución garantizada.

Hay que tener presente que en la Constitución de Weimar, bajo cuya vigencia se formuló la doctrina de la garantía institucional, la protección que en virtud de esta doctrina se otorga a las instituciones amparadas por ella es superior a la que disfrutaban los derechos fundamentales consagrados, que no están asegurados frente al legislador, sino tan sólo frente a la Administración. Como señala SOLOZABAL, «el carácter ilimitado de los derechos fundamentales como posición jurídica frente al Estado se afirma de modo retórico, pues el derecho fundamental queda a merced del legislador —como no podía ser menos, admitida constitucionalmente la deferencia al mismo del

de Derecho no pueden ser considerados fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho: esfera de libertad, ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las

establecimiento de su régimen efectivo y no existiendo justicia constitucional— y sólo se asegura frente a la Administración al imponerle a ésta, en virtud de la técnica de la reserva de ley y del control jurisdiccional de su actuación, una intervención regida por el principio de legalidad en el ámbito material propio de tales derechos fundamentales»⁴⁶.

La idea de respeto al «contenido esencial» del derecho fundamental por el legislador viene a cumplir una función análoga a la perseguida con la categoría de la garantía institucional, cual es la de asegurar la primacía de la Constitución sobre el legislador, imponiendo a éste un límite que no puede traspasar. La novedad consiste en que esa primacía queda ahora asegurada con la existencia de una auténtica justicia constitucional⁴⁷.

II. La segunda proyección ha consistido en *la comprensión «institucional» de los derechos fundamentales*, que va más allá de su entendimiento clásico como derechos subjetivos.

El enfoque institucional de los derechos fundamentales, en el que no nos vamos a detener, y cuyos archiconocidos adalides son HESSE y, sobre todo, HÄBERLE, sigue las huellas de la doctrina de la garantía institucional, con la que comparte una premisa ideológica, la estrecha relación entre sociedad y

garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación constitucional, no pueden ser más que derechos limitados en principio.» (*Ibidem*, pág. 184).

⁴⁶ SOLOZÁBAL, J.J.: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales»; 32 *REDC*, ob. cit., págs. 84 y 85.

⁴⁷ A su vez, no cabe desconocer que, frente a la concepción schmittiana, la idea de derecho fundamental sufre, aparte de un cambio cuantitativo (derechos fundamentales serán también los políticos y los sociales), una transformación cualitativa: el derecho fundamental no es un derecho prejurídico, sino jurídico, que debe su existencia a la Constitución. Los derechos fundamentales son derechos positivos y no naturales, que, en cuanto constitucionales, vinculan al legislador, que ha de respetar su contenido esencial.

No obstante, como ha puesto de relieve el profesor SOLOZÁBAL en otro lugar, los derechos fundamentales no son simple derecho positivo, sino que «son —al menos además— derecho *suprapositivo* en la medida en que se imponen al poder constituyente, en el sentido de que éste no puede prescindir de los mismos ya que son un ingrediente necesario de la Constitución: sólo hay derechos fundamentales constitucionales, ciertamente, pero *no hay Constitución sin derechos fundamentales*.» (SOLOZÁBAL, J.J.: «Principialismo y orden constitucional»; 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1998), pág. 216).

Estado⁴⁸, e incorpora una nueva, la conexión entre derechos fundamentales y democracia: los derechos fundamentales son «rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir»; sólo donde hay derechos fundamentales «la minoría tiene posibilidades de convertirse en mayoría»⁴⁹.

Desde estas dos premisas, y en lo que a nosotros nos interesa, la teoría institucional ha puesto de relieve la existencia de una dimensión *institucional* en los derechos fundamentales, al lado de la *individual*. Para Häberle, los derechos fundamentales no sólo suponen el reconocimiento constitucional de determinadas posiciones subjetivas, sino que también implican una protección constitucional de ámbitos vitales que son propios del sistema democrático. No son sólo derechos públicos subjetivos, sino también *instituciones* cuya vigencia social efectiva precisa de la intervención del legislador. Este se constituye en una especie de intermediario que, a través de su regulación, traslada al plano de la realidad al derecho abstractamente proclamado en la Constitución; esto es, establece la conexión entre la idea maestra del mismo, contenida sumariamente en la Constitución, y el plano de la realidad de los órdenes concretos en que consisten los derechos fundamentales. Su intervención normadora supone una auténtica configuración del derecho, pero ha de respetar su imagen maestra, su contenido esencial (bien que ese contenido no se obtiene exclusivamente desde la Constitución, sino que ha de ser

⁴⁸ Que siempre ha estado presente en Alemania, donde «la contraposición entre Estado-sociedad [...] no es sentida como en Francia o Inglaterra porque, en base a deficiencias en el proceso de afirmación de la propia burguesía alemana, no se reclama del Estado exclusivamente una actividad de vigilancia y rendimiento de funciones elementales, sino más bien de estructuración de la propia sociedad y de realización de la afirmación nacional. En el plano jurídico ello va a implicar que la teoría constitucional no contemplará los derechos fundamentales desde una perspectiva de resistencia y separación, sino de compromiso y responsabilidad» (SOLOZÁBAL, J.J.: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales»; 32 *REDC*, ob. cit., pág. 84). El enfoque institucional enlaza así con «una concepción específicamente alemana del Estado de Derecho [que está también detrás de la doctrina de la garantía institucional], como orden de una sociedad estructurada por las instituciones, no simplemente atomizada en individuos» (U. Scheuner, citado por CRUZ VILLALÓN en «Formación y evolución de los derechos fundamentales», 25 *REDC*, ob. cit., pág. 56).

establecido en cada caso, tras una ponderación, que no sólo tenga en cuenta otros preceptos constitucionales, sino también regulaciones legales).

Prescindiendo ahora de las críticas que la teoría institucional ha suscitado⁵⁰, no cabe duda que ha dejado su huella no sólo en Alemania, sino también entre nosotros, donde ya es un lugar común distinguir en los derechos fundamentales entre una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva o institucional. Doble dimensión acogida tempranamente por nuestro Tribunal Constitucional, en la conocida STC 25/1981 (fj 5), en la que se atribuye una doble naturaleza a los derechos fundamentales: en primer lugar, «son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia»; y, en segundo lugar y al propio tiempo, «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1)».

La dimensión institucional de los derechos fundamentales, así de enfáticamente proclamada, ha sido esgrimida en alguna ocasión por el Tribunal Constitucional para fortalecer a algunos de ellos: así lo ha hecho con las libertades de expresión e información del artículo 20, cuya dimensión institucional, esto es, su condición de «garantía institucional de la opinión pública», les otorga prevalencia en caso de colisión frente a los derechos artículo 18.⁵¹; por contra, esa misma dimensión ha servido de apoyo para

⁴⁹ P. Häberle: «Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz», pág. 17; citado por SOLOZÁBAL en «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», 32 *REDC*, ob. cit., pág. 93.

⁵⁰ Véase a L. Schneider («Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach art. 19 Abs. 2 G.G.»), cuyas críticas resume Solozábal («La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales»; 32 *REDC*, ob. cit., págs. 99 y ss). Véase también a BOCKENFÖRDE, E. W.: «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales» (particularmente págs. 53 a 57) y «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»; ambos artículos en *Escritos sobre derechos fundamentales*, (Baden Baden, 1993).

⁵¹ Vid. capítulo IV, apartado 2.1.

debilitar otros, a saber, el derecho de propiedad⁵² y la libertad de empresa, según se ha expuesto con anterioridad. Esa utilización anfibiológica de lo institucional, que, según los casos, da alas al derecho fundamental o lo golpea como un martillo, no tiene justificación razonable en términos jurídicos⁵³, y no es sino una manifestación más de la confusión entre derecho fundamental, garantía institucional y dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales, que hemos puesto de relieve desde el principio.

2.2.3. Un intento de clarificación.

La doctrina de la garantía institucional ha ejercido (¡qué duda cabe!) un influjo benéfico en la dogmática de los derechos fundamentales. De una parte, el concepto de «imagen maestra» ha servido de pauta para articular una eficaz protección de los derechos constitucionalizados frente al legislador, que se ha traducido en la idea de «contenido esencial». De otra parte, ha inspirado el enfoque institucional, al que, por encima de sus deficiencias, corresponde el mérito de haber cambiado la visión que tradicionalmente se tenía del papel del

⁵² Vid. capítulo IV, apartado 2.1.

⁵³ Las razones verdaderas de esta ambivalencia no son jurídicas. Me aventuro a pensar que la sobrevaloración de las libertades del artículo 20 responde a una razón política de primer orden, la necesidad de afianzar la democracia en los primeros años de andadura constitucional. Una vez que la democracia se ha consolidado en nuestro país, la relación entre los derechos del art. 20 y los del 18.1 se está reequilibrando, como lo demuestra la jurisprudencia de los últimos años del siglo pasado, en la que se observa una tendencia a suavizar la preferencia sin más de las libertades de comunicación respecto de los derechos al honor e intimidad: vid., por ejemplo, la STC 320/1994, que habla de no «establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos fundamentales»; o las SSTC 132/1995 y 19/1996, que no hablan de preferencia, sino tan sólo de «especial posición en el ordenamiento» de los derechos del art. 20.1 CE.

Por su parte, la infravaloración de la libertad de empresa (de los derechos fundamentales patrimoniales en general), es tributaria de la inercia intervencionista de nuestros poderes públicos, que se han manejado siempre desde el prejuicio de que la actividad económica privada, más que una manifestación de la libertad, era una concesión del poder. Este prejuicio se ha hecho sentir en la doctrina del Tribunal Constitucional, que, ciertamente, ha encontrado argumentos suficientes en nuestra Constitución, por cuanto ésta, hija de su tiempo, incorpora numerosos títulos de intervención pública en la economía. Sin duda alguna que las exigencias derivadas

legislador de los derechos fundamentales: éste, lejos de ser el enemigo de la libertad, es un instrumento imprescindible para su realización efectiva.

Pero, al propio tiempo, creo que se ha producido un abuso de la comprensión institucional de los derechos fundamentales, hasta el punto de provocar una mutación de su naturaleza: han pasado a verse como institutos más que como derechos de los ciudadanos (de cada ciudadano), al servicio de los cuales nacieron. Los derechos fundamentales no se agotan en su dimensión objetiva; tienen también –y sobre todo– una dimensión individual, «pues en virtud de su relación con la dignidad de la persona, su desconocimiento o supresión impiden el desarrollo cabal del individuo y suponen una lesión intolerable de sus oportunidades vitales y de su status jurídico»⁵⁴. En este sentido, si se me permite la comparación, la «garantía institucional», como técnica aplicable a los derechos fundamentales, ha significado para algunos de ellos (con la libertad de empresa a la cabeza) algo parecido a lo que representó para Troya el célebre caballo del mismo nombre: un regalo envenenado.

Vistas así las cosas, se impone la distinción entre dos pares de conceptos: «derecho fundamental»–«garantía institucional»; y «garantía institucional»–«dimensión institucional (u objetiva)» de los derechos fundamentales:

A. «Derecho fundamental»–«Garantía Institucional»:

No son categorías contrapuestas, pero tampoco equiparables. En rigor, la equiparación conceptual es, por un lado, la del binomio derecho fundamental-institución (o instituto) y, por otro lado, la del binomio garantía del contenido esencial-garantía institucional. Así las cosas, resulta lo siguiente:

de nuestra pertenencia a la Unión Europea habrán de cambiar esta mentalidad (sin que ello signifique renunciar a las exigencias propias del Estado Social).

⁵⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: «Principialismo y orden constitucional»; 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ob. cit., pág. 221.

– El *tipo* de protección constitucional que confiere la garantía institucional coincide con el propio de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental: ambos preservan el objeto de protección frente a su supresión, desnaturalización o vaciamiento por el legislador (que es a quien compete básicamente la configuración del objeto protegido). «Imagen maestra» de la institución y «contenido esencial» del derecho fundamental tienen una misma función⁵⁵. La protección de la una y del otro corresponde al Tribunal Constitucional.

- El *objeto* de protección constitucional es distinto: en el primer caso (la garantía institucional) son *instituciones* (tanto públicas como privadas, tanto jurídicas como sociales o económicas), en el segundo caso (el derecho fundamental) son *derechos subjetivos*.

Se trata de objetos cualitativamente distintos, lo que tiene repercusiones jurídicas evidentes: los derechos subjetivos son situaciones jurídicas activas (poderes jurídicos) conferidas a la persona, que se integran en su patrimonio jurídico, y que son accionables judicialmente. Por contra, las instituciones son ámbitos objetivos de la realidad política y social (organizaciones o formas de organización), sin titular concreto (o, si se prefiere, su titular es la colectividad), respecto de los cuales se impone una prohibición objetiva de destrucción o desnaturalización⁵⁶. Y La diferencia cualitativa del objeto protegido se proyecta sobre el modo de protección: lo que la Constitución protege con el contenido esencial son posiciones esenciales subjetivas, atribuidas al titular; lo que

⁵⁵ Como dice CRUZ VILLALÓN, «"Garantía Institucional" en su significado adjetivo es lo mismo que "contenido esencial"» [CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en 25 *REDC*, ob. cit., pág. 61]. En contra, Ignacio DE OTTO, para el que «la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta», sin que exista un núcleo mínimo a salvo de la acción del legislador [DE OTTO, I: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución»; en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo: «Derechos fundamentales y Constitución»; ob. cit., pág. 101].

⁵⁶ Vid. *supra*, capítulo IV, apartado 2.1.

protege con la imagen maestra son rasgos esenciales de la institución (o instituto) ⁵⁷.

En definitiva, la protección constitucional otorgada al derecho fundamental es una protección subjetiva: al derecho del ciudadano a determinadas posiciones jurídicas sigue un deber del legislador de no eliminarlas o desnaturalizarlas; se trata, pues, de un deber relacional. Por contra, la protección constitucional conferida a la institución es una protección objetiva: el deber del legislador de no suprimir o vaciar la imagen maestra del instituto es puramente unilateral, resultante de un mandato constitucional (implícito) de preservar esa imagen.

En consecuencia, la libertad de empresa, o bien es un derecho fundamental, o bien es un instituto garantizado, pero no puede ser ambas cosas a la vez⁵⁸. Mi punto de partida ha sido afirmar que es un derecho fundamental reconocido en el artículo 38 de la Constitución. Este artículo incorpora también un instituto garantizado, el mercado, conectado al derecho fundamental y que no sólo no lo debilita sino que lo fortalece: como ya he dicho, cuando coexisten garantía institucional y derecho fundamental, la primera sirve para fortalecer y proteger al segundo, pero no para limitarlo⁵⁹. La libertad de empresa, a la par que derecho subjetivo (con rango de fundamental), es un presupuesto indispensable del mercado (instituto

⁵⁷ Recuérdese también que la Constitución contiene en ocasiones determinaciones que modulan la garantía de la institución: vid *supra*, capítulo IV, apartado 2.1.

⁵⁸ Como tampoco cabe que la garantía institucional sea una pieza más del derecho fundamental, entendido éste como un *totum revolutum* en el que se mezclan derechos subjetivos, garantías institucionales, deberes, competencias, etc. La desmesurada extensión de su contenido haría perder sentido al «derecho fundamental» como categoría jurídica.

⁵⁹ Vid. *supra*, capítulo IV, apartado 2.1. En concreto, la libertad de empresa - aparte de dotar de sentido al mercado- refuerza la garantía de un mercado *libre* (con libertad de acceso), mientras que el mercado -aparte de dotar de sentido a la libertad de empresa- refuerza la garantía de la libertad de contratación en general, y de la libertad de fijación de precios en particular, que integran el contenido esencial de la libertad de empresa.

garantizado): sin libertad de empresa no hay mercado y sin mercado no hay libertad de empresa.

B. «Garantía institucional»—«Dimensión institucional (u objetiva)»:

La «garantía institucional» y la «dimensión institucional u objetiva», son conceptos que se han tratado de refundir en uno solo, a partir la configuración de los derechos fundamentales como institutos, cuando en realidad poseen una funcionalidad distinta (opuesta, si se me apura).

La distinción, dentro de los derechos fundamentales, de una dimensión subjetiva y otra objetiva, no se plantea en términos de contraposición, sino que hacen referencia a puntos de vista distintos y complementarios: la dimensión subjetiva pone de relieve que los derechos fundamentales, en cuanto proyección de la dignidad de la persona, son por antonomasia derechos subjetivos, que los individuos están facultados para ejercer en interés particular; la dimensión objetiva pone de relieve que los derechos fundamentales *son también de interés general*, son «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE) y «componentes estructurales básicos» del orden jurídico-político general⁶⁰.

Ambos puntos de vista generan consecuencias jurídicas distintas para los poderes públicos. En esencia, y sin entrar ahora en detalles, el derecho fundamental, en su dimensión subjetiva, impone (como mínimo) un deber de respeto del ámbito de poder reservado al titular; deber que se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador, que, en el ejercicio de su potestad normativa ha de respetar el contenido *esencial* del derecho (la vinculación al legislador es lo que cualifica al derecho como fundamental). Por su parte, la

⁶⁰ «en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (STC 53/1985, fj 4). Los derechos fundamentales forman parte del orden de valores positivizado en la Constitución, por lo que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico y la acción del Estado.

dimensión objetiva se traduce, al menos, en un compromiso asumido por los poderes públicos, de naturaleza positiva, consistente en asegurar a todos los ciudadanos el ejercicio igual y efectivo de los derechos fundamentales. Así parece desprenderse cuando menos del artículo 9.2 CE, que concreta la cláusula social proclamada en el artículo 1.1, y que, frente a la concepción tradicional, que veía al Estado como enemigo de la libertad, confiere a éste un papel activo en la promoción de los derechos y en la creación de las condiciones que hagan posible su ejercicio efectivo. Los poderes públicos no sólo están obligados a respetar los derechos fundamentales, sino también a contribuir a su realización⁶¹.

No entro ahora a valorar cuál es el contenido y la eficacia jurídica de los "deberes" positivos que incorpora la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta al legislador⁶². Lo que me

⁶¹ La posición central de los derechos fundamentales se proyecta principalmente sobre España como Estado *Social*, pero también sobre las demás cláusulas definitorias del Estado español:

– sobre el Estado *de Derecho*, en cuanto que los derechos fundamentales «son normas competenciales del ordenamiento jurídico», en la doble medida «en que, establecen ámbitos inmunes a la actividad pública, espacios protegidos de la intervención estatal, que ésta ha de respetar, y asimismo, en el sentido en que, incluso cuando una actuación normadora sea imprescindible, la misma no puede realizarse por cualquier sujeto público, sino sólo por el legislador»;

– sobre el Estado *Democrático*, en cuanto que los derechos fundamentales «son condición misma de la democracia, que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales. Sencillamente: no hay democracia sin derechos fundamentales».

– por último, sobre el Estado *Autonómico*, en cuanto que los derechos fundamentales, en la medida en que definen el *status* jurídico básico del individuo, «actúan como un *factor de homogeneización* de todo el sistema jurídico y suponen un límite a la variedad deducida del pluralismo territorial». Es posible una intervención normativa de las Comunidades Autónomas en los derechos fundamentales, pero dicha intervención no puede referirse, ni a la regulación configuradora básica de los derechos de la sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I (por impedirlo el art 81 CE, que reserva al Estado esa tarea), ni, en general, a la regulación de las condiciones básicas -aseguradoras de la igualdad- del ejercicio de los derechos fundamentales, también reservada al Estado (art. 149.1.1.ª). Con ello «se asegura que todos los ciudadanos españoles, con independencia de la Comunidad Autónoma a la que pertenezcan, dispongan, en su régimen básico y general, de los mismos derechos fundamentales».

Las citas textuales son de J.J. SOLOZÁBAL (en «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales»; 71 *REP*, ob. cit., págs. 88 y 89).

⁶² Sobre las consecuencias de calificar los derechos fundamentales como normas objetivas de principio ha escrito muy críticamente BÖCKENFÖRDE (vid. «Sobre la

interesa poner de relieve es la concepción ofensiva que late detrás de ella: los poderes públicos (con el legislador a la cabeza) no sólo deben respetar el contenido de los derechos fundamentales, sino que "deben" potenciarlos. Parafraseando a ALEXY, lo que expresa la dimensión objetiva es un *principio*, un "mandato" de optimización de los derechos fundamentales impuesto a los poderes públicos, cuya extensión es indeterminada, pues depende de las posibilidades jurídicas (las que permitan otros principios o reglas opuestos) y fácticas existentes⁶³. En este sentido, *viene a reforzar, no a debilitar los derechos fundamentales*.

Esta funcionalidad ofensiva de la dimensión objetiva impide identificarla con la noción de garantía institucional, que tiene una funcionalidad puramente defensiva. Esta persigue la protección constitucional de determinados objetos (las instituciones) frente a su desfiguramiento por los poderes públicos, en particular el legislador. Por contra, la dimensión objetiva coloca a los poderes públicos, no en la situación de enemigos de los derechos fundamentales, sino de protectores de los mismos: incita (mejor que obliga) a aquellos (en particular al legislador, insisto) a maximizarlos dentro de lo posible.

En definitiva, la «garantía institucional», como técnica aplicable a los derechos fundamentales, es irrelevante en cuanto a la protección que otorga, pues esa función la cumple adecuadamente la noción de «contenido esencial», y resulta notablemente perturbadora cuando se mezcla con la llamada dimensión objetiva o institucional, en tanto se utiliza para debilitarlos, no para reforzarlos.

Esto último es especialmente visible en relación con la libertad de empresa. Cuando se dice que «en ella predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional» (STC 225/1993, de 8 de julio), se está aludiendo a su dimensión institucional, esto es, a su condición objetiva de

situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»; en *Escritos sobre derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 95 y ss).

⁶³ Como se verá después, la dimensión objetiva genera un mandato de mínimos y una habilitación de máximos.

«elemento de un determinado sistema económico» (STC 227/1993, de 9 de julio). Y, en cuanto predomina lo institucional frente a lo individual el resultado es, no ya maximizar el derecho (que es lo que demanda), sino debilitarlo, en cuanto ha de ejercerse «con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general» (STC 225/1993, de 8 de julio) o «dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado» (STC 227/1993, de 9 de julio). Todo ello con olvido de que una cosa es que las especiales exigencias de la función social del derecho subjetivo a la libertad de empresa se proyecten sobre éste, recortando el ámbito de poder que otorga al titular, y otra muy distinta es que esto suponga una mutación de su naturaleza, hasta el punto de convertirlo en un instituto o, en el mejor de los casos, en un derecho subjetivo enteramente subordinado a las exigencias del interés general, tal como es determinado por el legislador. Cuando la Constitución dice que los poderes públicos aseguran el ejercicio de la libertad de empresas «de acuerdo con las exigencias de la economía general» no quiere dar a entender que el derecho subjetivo deba ceder siempre y en todo lugar al interés general económico (sea cual sea este); de ser así, la libertad de empresa carecería de contenido esencial vinculante para el legislador y, por tanto, no sería un derecho fundamental. Lo que quiere decir es que son los poderes públicos los encargados de hacer compatible el interés particular del titular de la libertad de empresa con el interés general, siempre desde el respeto a ese contenido esencial.

Para finalizar, conviene tener presente que las normas que reconocen derechos fundamentales y los derechos por ellas enunciados no son realidades jurídicas idénticas⁶⁴. Siendo esto así, me aventuro a pensar que la distinción entre un elemento objetivo y otro subjetivo no debe predicarse tanto del derecho fundamental, como de la norma que lo enuncia (la norma de derecho fundamental). En toda norma de derecho fundamental («Se reconoce

⁶⁴ Como advierte certeramente JIMÉNEZ CAMPO, para el que este distingo lógico —cuyo fundamento es el doble carácter de los derechos fundamentales— es necesario para no confundir las determinaciones objetivas en que las normas consisten con las

la libertad de empresa») hay una doble operación jurídica: la primera, la atribución de un derecho fundamental (dimensión subjetiva de la norma); la segunda, la asignación de una competencia de maximización del derecho fundamental dirigido a los poderes públicos (dimensión objetiva de la norma).

Los derechos fundamentales son sólo (y nada menos) derechos subjetivos constitucionalizados, por lo que, ni pueden confundirse con garantías institucionales, ni son a la vez normas objetivas del ordenamiento. Cosa distinta es que su posición central en el orden jurídico-político traiga consecuencias jurídicas de primer nivel: la asignación de específicas competencias de optimización, que pueden encontrar su fundamento concreto en determinados preceptos de la Constitución, pero que no son resultado de la condición objetiva del derecho fundamental, sino de la norma que lo proclama.

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO *FUNDAMENTAL*.

3.1. El significado de la «fundamentalidad».

Señalábamos al principio que un derecho es fundamental en tanto vincula al legislador: la resistencia de su «contenido esencial» frente a la acción legislativa vendría a cualificarlo como tal. Esta afirmación por sí sola no basta para caracterizar a nuestro objeto de conocimiento pues, en realidad, un derecho no es fundamental porque vincule al legislador, sino al revés, vincula al legislador porque es fundamental. Dicho de otra forma, la vinculación al legislador es la consecuencia, no la causa de la fundamentalidad del derecho.

facultades y poderes jurídicos que atribuyen al titular del derecho [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, ob. cit., pág. 31].

La libertad de empresa es un derecho subjetivo fundamental porque es un *derecho creado por la Constitución*⁶⁵. Esto significa que el derecho preexiste a la intervención del legislador (preexistencia lógica, no temporal), y ello tiene consecuencias:

1.^a ante todo, que la libertad de empresa no puede ser desfigurada por la ley sin incurrir en inconstitucionalidad; a esta desfiguración lo llama la Constitución conculcación de su «contenido esencial»;

2.^a que la libertad de empresa puede ser alegado ante los tribunales no sólo *secundum legem* («de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen») sino también *contra legem* (en contra de la legalidad) e incluso en ocasiones *extra legem* (en ausencia de ley de desarrollo).

Es la condición de derechos *creados por la Constitución* lo que permite distinguir los derechos fundamentales de los «principios rectores de la política social y económica». Esto es, «en tanto los derechos del Capítulo Segundo – derechos fundamentales– existen antes y sin perjuicio de su regulación legislativa, los “*principios*” del Capítulo Tercero sólo serán “derechos” [...] a partir de “las leyes que los desarrollen”, como dice el artículo 53.3, y conforme a lo dispuesto en ellas»⁶⁶.

⁶⁵ «Un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución, y esto no significa otra cosa, en lo que ahora importa, sino preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa»: son palabras de JIMÉNEZ CAMPO en *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, ob. cit., pág. 24. Lo que se expone en este apartado se basa en ese trabajo.

⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, ob. cit. pág. 25. En realidad, la expresión «de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo» introduce un doble condicionamiento sobre los derechos aparentes del Capítulo Tercero: un condicionamiento modal, «según el cual no procederá su invocación en tanto no haya ley de desarrollo», y un condicionamiento sustantivo, «porque el “derecho” no será, tras ese desarrollo, sino lo que la ley configure como tal». Sólo este segundo condicionamiento priva de la condición de fundamental a los principio del Capítulo Tercero, no así el primero, que pesa también con los derechos de configuración legal del Capítulo Segundo (pág. 24).

No son criterios de fundamentalidad ni la «aplicabilidad o eficacia inmediata» ni la «justiciabilidad inmediata» del derecho⁶⁷. No el primero de ellos, pues la intervención legislativa es muchas veces necesaria para que el derecho sea ejercitable, lo cual es especialmente visible en los llamados derechos de configuración legal, que no por ello dejan de ser fundamentales, pues la fundamentalidad les viene dada por su preexistencia a la intervención (en este caso inexcusable) del legislador. «Aplicabilidad o eficacia directa» del derecho no puede significar, pues, autosuficiencia del derecho para alcanzar su eficacia propia, rasgo éste que sólo está presente en los llamados derechos de libertad (entre los que se encuentra la libertad de empresa).

Tampoco la «justiciabilidad inmediata» es un criterio que permita diferenciar los derechos fundamentales de los que no lo son. La justiciabilidad de los derechos fundamentales no es inmediata, sino que se realiza a través de las vías procesales establecidas por el legislador (al igual que ocurre con los derechos no fundamentales), conforme al canon genérico del artículo 24 de la Constitución y al específico del artículo 53.2 para algunos de ellos (entre los que no está la libertad de empresa). Esto es, «la tutela jurisdiccional no hace “fundamentales” a ciertos derechos; los hace, sencillamente, “derechos”»⁶⁸.

3.2. Las consecuencias jurídico-constitucionales: referencia especial a la vinculación a los poderes públicos.

La libertad de empresa es un derecho fundamental, lo que significa que es un *derecho creado por la Constitución*, y esta circunstancia acarrea algunas consecuencias jurídicas generales, las que resultan de su adscripción al género «derechos fundamentales». Estas consecuencias se concretan en el artículo 53.1 de la CE. Señala JIMÉNEZ CAMPO⁶⁹ que este artículo establece tres determinaciones en garantía de los derechos y libertades del Capítulo

⁶⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, págs 22 y ss.

⁶⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 23.

⁶⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 29.

Segundo del Título I: la *primera* es una garantía de alcance y contenido general, según la cual «todos los poderes públicos» quedan vinculados por aquellos derechos y libertades; la *segunda* —general en su alcance y particular en su contenido—, prescribe que «sólo por ley» podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales; la *tercera* —particular en su alcance y contenido— dispone que tales leyes reguladoras del «ejercicio» de los derechos deberán respetar lo que la Constitución denomina su «contenido esencial». De la segunda determinación me ocupo en el capítulo VIII y de la tercera en el capítulo VII. Aquí sólo procede dar unos apuntes sobre la primera de ellas, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales y, por ende, a la libertad de empresa.

La formula del primer inciso del apartado 1 del artículo 53 CE expresa, en primer lugar, un mandato *general en su alcance*, en cuanto que se dirige a todos los poderes públicos, estos es, a «todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado» (STC 35/1983, fj 3). En segundo lugar, es un mandato de *contenido complejo*, que se suele desdoblar en una doble vinculación, negativa y positiva, conectada la primera a la llamada dimensión subjetiva del derecho fundamental y la segunda a su dimensión objetiva. En palabras de JIMÉNEZ CAMPO, «al poder público no le exige la Constitución sólo "respeto" (no transgresión) del derecho fundamental; la Constitución dice que los derechos "*vinculan*", y en esta expresión, enérgica y amplia, entran también, sin duda, deberes positivos de diverso signo, fundamentados siempre en una visión de los derechos fundamentales no limitada a su imagen primordial de derechos subjetivos, sino abarcante también de su condición ordenadora, en sentido objetivo, de toda la convivencia jurídica»⁷⁰.

Creo que esta forma de ver las cosas responde a un fondo cierto, pero induce al equívoco de pensar que la llamada vinculación *negativa* que impone el derecho subjetivo es igual a pasividad (no transgresión), lo que no es verdad, ni para todos los derechos fundamentales (no lo es para los derechos

⁷⁰ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 30.

que consisten en pretensiones de hacer), ni para todos los poderes públicos (no lo es ni para la Administración para los jueces). Creo también que la fórmula del primer inciso artículo 53.1 CE se proyecta sobre la dimensión subjetiva de las normas de derecho fundamental –sobre los derechos subjetivos-, pero no es suficiente para fundamentar la vinculación de los poderes públicos a su dimensión objetiva, fundamentación que hay que encontrar en otros preceptos. Por ello distinguiré, no entre vinculación negativa y positiva, sino entre vinculación *pasiva* y *activa*, y entre vinculación de la *dimensión subjetiva* (del *derecho subjetivo*) y vinculación de la *dimensión objetiva* de la norma de derecho fundamental:

A. La vinculación a los poderes públicos del derecho subjetivo.

Con base en el primer inciso del apartado 1 del artículo 53, los derechos subjetivos constitucionalizados vinculan a todos los poderes públicos pues imponen a estos una obligación de respeto del derecho fundamental. Esta obligación tiene distinta intensidad para los diversos poderes públicos: para el poder legislativo, se traduce en el respeto al «contenido esencial» del derecho; para los poderes ejecutivo y judicial se concreta en el respeto al derecho fundamental, tal como resulta de la Constitución y de la Ley (al derecho fundamental en cuanto derecho)⁷¹.

A.1. En lo que respecta al poder legislativo, ese respeto se traduce primariamente en una vinculación *pasiva*, en una obligación de no transgresión, sólo para derechos autosuficientes, que no necesitan de la intervención del legislador (ni de los demás poderes públicos) para “realizarse”,

⁷¹ En cuanto que la Administración y los jueces están sujetos no sólo a la Constitución, sino también a la Ley (arts. 103.1 y 117.1 de la CE). Como veremos después, el «contenido esencial» sólo vincula al legislador, no a los aplicadores del derecho, a quienes vincula el derecho sin más, determinado constitucional y legalmente.

para ser "ejercitables". Es el caso de los derechos de libertad (que son derechos de autodeterminación), respecto de los cuales la vinculación del legislador consiste en no lesionar su contenido esencial. No ocurre lo mismo con los derechos que sí requieren de la intervención activa de los poderes públicos (con el legislador a la cabeza) para "realizarse", para ser ejercitables. El contenido esencial de estos derechos consiste primariamente en un hacer (un *facere*) de los poderes públicos políticos (el binomio legislativo-ejecutivo)⁷². Respecto de estos derechos, la obligación de respeto de los poderes públicos tiene el sentido de una vinculación *activa*: el legislativo y el ejecutivo están obligados a hacer lo necesario para que sea aplicable el derecho.

Resulta por ello más adecuado precisar que la obligación de respeto a los derechos fundamentales por parte del legislador se traduce primariamente en una obligación de *ajustar su conducta a lo exigido por el contenido del derecho fundamental*; conducta que puede consistir en un «hacer» o en un «no hacer», dependiendo del derecho fundamental. La libertad de empresa es un derecho de libertad (de autodeterminación), por lo que la vinculación del legislador respecto de ella consiste en un *non facere*: no lesionar su contenido esencial.

A.2. El Poder Ejecutivo y el Judicial están también vinculados por los derechos fundamentales. Esta vinculación tiene, por supuesto, una vertiente pasiva: ni el uno ni el otro pueden lesionar los derechos fundamentales en el ejercicio de sus competencias. Pero tiene también una vertiente *activa*: respetar los derechos fundamentales es aplicar las leyes que los regulan. Aplicar la ley es propiamente su función y es, además, lo que distingue la posición de estos dos poderes públicos respecto de los particulares: estos últimos están "sujetos" a la Constitución y al resto del ordenamiento y, por

⁷² Este *facere* puede consistir en acciones normativas y fácticas: así ocurre con los llamados tradicionalmente derechos de prestación, como el derecho a la educación (que exige del Estado regulación y escuelas); pero puede consistir sólo en acciones normativas: así ocurre con los llamados tradicionalmente derechos políticos, que imponen al legislador una regulación que posibilite su ejercicio. Sobre esto volveré en el apartado siguiente.

tanto (art. 9.1 CE), deben abstenerse de realizar conductas lesivas de los derechos fundamentales; aquellos están algo más que sujetos, están "vinculados" a los derechos fundamentales: no sólo han de cumplir sino hacer cumplir la Constitución y las leyes.

Ejecutivo y Legislativo están vinculados a la libertad de empresa: no pueden lesionarla, tal y como resulta de la Constitución y la ley (vinculación *pasiva*) y deben aplicar las leyes que regulan su ejercicio (vinculación *activa*). Con una doble particularidad, tratándose de los jueces: la primera, que, en defecto de ley, deben aplicar el artículo 38 CE, porque la libertad de empresa es uno de esos derechos que admiten –hasta cierto límite– la suplencia del legislador por el juez⁷³; la segunda, que la vinculación activa de los jueces es a su vez un derecho fundamental de los ciudadanos: el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

B. La vinculación de la dimensión objetiva de la norma de derecho fundamental.

Como ya he dicho, la distinción entre una dimensión subjetiva y otra objetiva debe predicarse, no de los derechos fundamentales (que son sólo derechos subjetivos creados por la Constitución), sino de las normas de derecho fundamental: estas, a la par que atribuye derechos subjetivos (dimensión subjetiva), atribuyen a los poderes públicos la competencia de maximizarlos (dimensión objetiva). Se podría decir que, en punto a los poderes públicos, las normas de derecho fundamental son a la vez límites (dimensión subjetiva) y directrices de actuación (la dimensión objetiva). En consecuencia, de la norma que reconoce la libertad de empresa se derivan también directrices para los poderes públicos.

Desde este punto de partida conviene aclarar cuál es el fundamento, la extensión y la eficacia jurídica de tales directrices:

– El *fundamento* no puede encontrarse (al menos por sí solo) en el primer inciso del artículo 53.1 CE. Este precepto, cierto es, no es una reiteración inútil de lo dispuesto en el artículo 9.1 CE en relación con los poderes públicos: viene a significar algo más que la obligación pasiva de no adoptar conductas contrarias a los preceptos constitucionales, pero no va más allá de la obligación genérica de *cumplir y hacer cumplir* los derechos fundamentales, cada uno en el ejercicio de sus competencias: el legislador, dictando las normas que exija su ejercicio, cuando aquellas sean indispensables para que el derecho sea ejercitable por sus titulares⁷³; la Administración, aplicando las leyes⁷⁴; y los jueces, tutelándolos en cumplimiento de la obligación constitucional ex artículo 24.1 CE.

La fórmula del primer inciso de apartado 1 del artículo 53.1 CE, aisladamente considerada, tan sólo impone a los poderes públicos un mandato de mínimos (la aplicación de las normas de derechos fundamentales). Sólo si se contempla en conexión con el artículo 9.2 CE es posible hablar de un “compromiso” de máximos. Este precepto, traducción inmediata de la cláusula de Estado Social, contiene una directriz, dirigida a los poderes públicos, de realizar una «política de derechos fundamentales», esto es, de asumir una posición activa en la promoción de los derechos y en la creación de las condiciones que hagan posible su ejercicio efectivo⁷⁵. Esta tarea incumbe

⁷³ Sobre esto volveré en el capítulo VIII.

⁷⁴ Es el caso de los derechos consistentes en pretensiones de hacer, como ya se ha dicho.

⁷⁵ Que se traduce en una vinculación *muy* activa cuando se trate de derechos fundamentales para cuya realización se requiera no sólo acciones normativas sino fácticas (caso del derecho a la educación).

⁷⁶ Para MARTÍNEZ-PUJALTE, esta directriz es una traducción positiva de la cláusula de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, en la línea de Häberle: «aunque la doctrina y la jurisprudencia suelen contemplar la fórmula del contenido esencial desde un prisma básicamente “defensivo” o garantista, es decir, como barrera o límite de actuación del legislador, ésta podría desempeñar también un contenido positivo u “ofensivo”: la cláusula del contenido esencial vendría a traducirse en un mandato a los poderes públicos, de naturaleza positiva, para el adecuado desarrollo del contenido de los derechos fundamentales» [MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (colección *Cuadernos Debates*, n.º 65; Centro de Estudios Constitucionales, 1997); la cita en la pág. 83].

En mi opinión, como el contenido esencial se predica del derecho subjetivo, ese entendimiento *positivo* del mismo implicaría convertir todos los derechos de libertad

esencialmente al poder político (puesto que de hacer política se trata)⁷⁷, en particular al legislador, sobre el que pesa un "deber" de realizar los derechos fundamentales en la íntegra vida comunitaria (SSTC 18/1984, fj 6, y 53/1985, fj 4).

- La *extensión* de la directriz es indeterminada, pero no ilimitada. Es indeterminada en cuanto que la Constitución se limita a fijar un objetivo a los poderes públicos (maximizar los derechos fundamentales), pero queda dentro de su libertad de decisión (decisión política) concretar su grado de cumplimiento. La norma del artículo 9.2 contiene una directriz que puede ser cumplida en diferente medida.

El margen de maniobra de los poderes públicos en ejecución de la directriz no es ilimitado. En general, su tarea está limitada jurídicamente por el necesario respeto a los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Ello se traduce en la obligación del legislador de no desfigurar tales derechos y bienes y, por su parte, en la obligación de la Administración de aplicar proporcionalmente las normas reguladoras de cada derecho fundamental⁷⁸.

en derechos de prestación; además, si ya es difícil determinar el contenido esencial de cada derecho fundamental, con este entendimiento positivo se haría prácticamente imposible esta determinación (¿cómo se fija el "adecuado desarrollo" del contenido de cada derecho fundamental?). Creo que tiene razón MARTÍNEZ-PUJALTE en hablar de una función ofensiva en los derechos fundamentales, pero entiendo que su encaje no está en la garantía del contenido esencial (para mí una barrera del derecho subjetivo frente a legislador), sino en la dimensión objetiva de las normas de derecho fundamental.

⁷⁷ También los jueces están llamados a maximizar los derechos fundamentales, especialmente en ausencia de regulación legal (cuando ello sea posible); pero no con fundamento en el artículo 9.2 CE (precepto que, como digo, va dirigido a los «poderes públicos» políticos –legislativo y ejecutivo–, aunque puede ser utilizado por los jueces con eficacia interpretativa de otras normas, nunca como regla de decisión), como en el propio artículo 24.1 CE, que otorga a los ciudadanos un derecho subjetivo a que los jueces tutelen *efectivamente* sus derechos e intereses legítimos (un derecho-mandato a los jueces). Sobre esta cuestión, me remito al capítulo VIII.

⁷⁸ Presupuesto el respeto de la Administración a la Constitución y a la ley reguladora del derecho fundamental. Por lo demás, la exigencia de proporcionalidad es también límite a la actuación maximizadora de los jueces.

- Por último, es preciso indagar en la *eficacia jurídica* de la directriz maximizadora contenida en el artículo 9.2 CE (en conexión con el artículo 53.1 CE). Se trata de una norma finalista, como lo son todas aquellas que fijan objetivos a los poderes públicos. El tratamiento jurídico de las normas finalistas lo he abordado en otro lugar⁷⁹. Allí he dicho que la eficacia jurídica negativa de estas normas -como límite a la acción (o inacción) de los poderes públicos- es muy escasa: de ellas no nacen inmediatamente derechos que puedan invocarse en juicio, ni permiten un enjuiciamiento de su grado de cumplimiento. Su eficacia jurídica es más bien positiva o activa, en el sentido de que confieren a los poderes públicos la capacidad de actuar para cumplir los objetivos prescritos en ellas.

Todo esto es predicable de la norma del artículo 9.2 CE y, por tanto, de la dimensión objetiva de las normas de derecho fundamental. Estas normas -en su dimensión objetiva- no generan relaciones jurídicas de derecho fundamental, no crean deberes jurídicos "relacionales": no existe un deber jurídico de maximizar los derechos fundamentales en razón de la existencia de un derecho subjetivo fundamental a la maximización de tales derechos fundamentales⁸⁰. Tampoco creo que generen deberes jurídicos no relacionales⁸¹ (con la salvedad que haré al final): estas normas no son normas

⁷⁹ Vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.3.1.A.

⁸⁰ La llamada *dimensión objetiva de los derechos fundamentales* no genera por sí sólo pretensiones individuales de prestación (de maximización) frente a los poderes públicos, exigibles judicialmente. De ahí que resulta más clarificador a estos efectos predicar la dimensión objetiva, no del derecho fundamental, sino de la norma que lo reconoce, según vengo defendiendo.

Obviamente, sí genera pretensiones individuales de prestación (que no son de maximización, sino de garantía de aplicabilidad mínima) la dimensión *subjetiva* de las normas de derechos fundamentales que consisten en un *facere* de los poderes públicos.

⁸¹ Téngase en cuenta que la maximización de un derecho fundamental puede limitar el ámbito de aplicación de otro derecho fundamental: pensemos, por ejemplo, en una política de flexibilización del despido (maximización de la libertad de empresa), que limita el derecho al trabajo (entendido como derecho a la estabilidad en el empleo, como derecho a no ser despedido sin justa causa -STC 192/2003, f. 4). Si fuera un deber jurídico maximizar todos los derechos fundamentales, nos encontraríamos con que los poderes públicos estarían obligados tanto a maximizar la libertad de empresa como el derecho al trabajo: esto es, estarían obligados a llevar a cabo tanto una política flexibilizadora del despido como otra protectora del trabajador

de mandato, sino más bien normas de habilitación; mejor aún, son directamente normas que atribuyen a los poderes públicos una competencia general para potenciar o maximizar los derechos fundamentales.

Todo lo anterior significa que la eficacia jurídica de la dimensión objetiva de la norma que reconoce la libertad de empresa radica en atribuir a los poderes públicos (al legislador básicamente) la competencia de operar sobre la libertad de empresa en un sentido expansivo, dada la posición central de esta en el ordenamiento jurídico-político, como derecho fundamental que es. Además, esta competencia es de ejercicio facultativo o voluntario⁸²; forma parte de la libertad del poder político (con el legislador a la cabeza) potenciar o no, o potenciar más o menos la libertad de empresa; en este aspecto la Constitución aparece no como límite, sino como marco de opciones políticas plurales.

Ahora bien, a la precisión anterior hay que añadir otra, que en parte viene a enmendarla: aunque no existe derecho subjetivo fundamental a la maximización de la libertad de empresa, sí existe derecho a ejercer la libertad de empresa (derecho al derecho); y puede ocurrir que este ejercicio se frustre porque el poder político no lo ha protegido como debiera, en particular el legislador (no dictando las normas que requiera su ejercicio efectivo). Ciertamente, la libertad de empresa es de esos derechos que no necesitan del legislador para ser ejercitables, pero ocurre que, sin leyes que efectivamente la protejan, esa libertad puede no ser practicable. Acaso por esto pueda matizarse la precisión anterior, en el sentido de considerar de ejercicio *obligatorio* la competencia del legislador de potenciar la libertad de empresa en lo que tiene de competencia de protección mínima o indispensable del derecho. Acaso por esto pueda concluirse que la dimensión objetiva de la norma que reconoce la libertad de empresa incluye un mandato de mínimos

frente al despido. Esto es absurdo, y el absurdo es el resultado de considerar como obligatorio maximizar los derechos fundamentales, en el sentido de ALEX Y.

⁸² Sobre el carácter facultativo y obligatorio de las normas de competencia, vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.3.1.B.

(un mínimo de protección eficaz del derecho) y una habilitación de máximos, hasta el límite que representen otros derechos y bienes constitucionales⁸³.

4. EL TIPO DE DERECHO FUNDAMENTAL QUE LA LIBERTAD DE EMPRESA ES.

No hay estudio monográfico de un derecho fundamental que no se ocupe de adscribirlo a alguna categoría dentro de las variadas clasificaciones de los mismos que propone la doctrina. Yo también voy a caer en la tentación, aunque mi propósito no es hacer un epígrafe ornamental, sino algo que sea de utilidad para la correcta delimitación de la libertad de empresa. Guiado por este propósito, rescato tres clasificaciones materiales⁸⁴:

⁸³ El problema estriba, primero, en saber qué es protección mínima o indispensable de un derecho fundamental y, segundo, cómo se controla jurídicamente la falta de protección mínima de un derecho fundamental. Responder a estos problemas excede con mucho del objeto de esta tesis, ya que sólo muy tangencialmente tocan estos problemas a la libertad de empresa, y ello por varias razones: porque contamos con leyes que la desarrollan (leyes de competencia, leyes laborales, leyes de protección de los consumidores); porque la libertad de empresa es una libertad negativa, que requiere básicamente de los poderes públicos obligaciones de abstención, de manera que las agresiones de los poderes públicos serán casi siempre por acción y no por omisión; por último, porque normalmente la omisión del legislador no impide el ejercicio de la libertad de empresa, o puede ser suplida por el juez bajo el principio "lo que no está prohibido está permitido".

Entiéndaseme bien: una cosa es que exista un "deber" de protección mínima de la norma que reconoce la libertad de empresa y otra cosa muy distinta es que la libertad de empresa se convierta en un derecho subjetivo de *prestación*. No existe derecho subjetivo a la maximización de la libertad de empresa y, por tanto, tampoco a la protección mínima. El incumplimiento del deber de protección mínima puede, en su caso, impugnarse a través del recurso de inconstitucionalidad (si es que es posible).

Entiéndaseme bien: una cosa es que el legislador este "obligado" a proteger mínimamente la libertad de empresa y otra cosa es que se endose al legislador la lesión ocasionada por un particular en la libertad de empresa de otro, aprovechándose de un vacío legal de protección. Sobre la *state action* y la eficacia *inter privatos* de la libertad de empresa, me remito al capítulo siguiente (apartado 2.3).

⁸⁴ Casi huelga decir que, desde el punto de vista procesal, la libertad de empresa se sitúa dentro de los derechos fundamentales que no acceden ni al amparo judicial ni al del Tribunal Constitucional. No obstante, puede llegar indirectamente al amparo, ligado al principio de igualdad ex artículo 14 CE. También como derecho que colisiona con un derecho amparable, si el titular de este último recurre contra una decisión empresarial que considera que lesiona su derecho; pensemos en los frecuentes casos de colisión entre la libertad de empresa y derechos fundamentales de los trabajadores

1. La primera clasificación – que tomo de PRIETO SANCHIS⁸⁵ – atiende a la finalidad perseguida y distingue entre derechos *de libertad* y derechos *de igualdad*: los primeros satisfacen principalmente el valor “libertad”; son «aquellos que tratan de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos»; los segundos satisfacen principalmente el valor “igualdad”; son aquellos «que promueven la plena integración del hombre en la sociedad y hacen posible que los titulares jurídicos de la libertad la disfruten efectivamente»⁸⁶. Dentro de los primeros, distingue PRIETO entre las *libertades* propiamente dichas y las *garantías individuales*: las primeras suponen el ejercicio efectivo de una libertad, se concretan en un actuar humano (por ejemplo, la libertad de expresión); las segundas protegen un bien específico, como la vida o la integridad física, y constituyen un presupuesto esencial de un régimen de libertades.

La libertad de empresa es un derecho de libertad y, dentro de los derechos de libertad, una libertad propiamente dicha, que constituye una manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad (10.1.CE). Esto significa, en positivo, que la libertad de empresa, como libertad, hay que entenderla como una posibilidad de actuar en el ámbito económico que está protegida al máximo nivel⁸⁷. Significa también, en negativo, que la libertad de empresa no es un derecho de igualdad, no persigue principalmente el valor “igualdad”. Por ello no debe confundirse ni identificarse con la igualdad económica: la libertad de empresa no es el derecho a la igualdad en el ejercicio de actividades

(sobre esta cuestión, vid. el último capítulo). A través de estas vías tiene el Tribunal Constitucional la posibilidad de completar la delimitación de la libertad de empresa que lleva a cabo por otras vías procesales (control de constitucionalidad, conflicto de competencias), cumplimentando lo que se ha dado en llamar la dimensión *objetiva* del recurso de amparo

⁸⁵ PRIETO SANCHIS, L: *Estudios sobre derechos fundamentales* (Editorial Debate, 1990), págs. 126 y ss.

⁸⁶ PRIETO SANCHIS, L: *ibidem*, pág. 127.

⁸⁷ Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VII, apartado 5.1.

económicas⁸⁸. Obviamente, la libertad de empresa requiere igualdad, pero esa igualdad no se la proporciona la norma del artículo 38 CE por sí sola, sino por su conexión con las específicas normas de igualdad de la Constitución (arts. 9.2, 14 y 139.1).

2. La segunda clasificación -harto conocida y la que se ha impuesto en el lenguaje común de los juristas- parece atender a la obligación que imponen a los poderes públicos y distingue entre derechos *de libertad* (también llamados derechos *de autonomía* y derechos *defensa*), derechos *de participación* (también llamados derechos *políticos* y derechos *democráticos*) y derechos *de prestación* (también llamados derechos *sociales*). Los primeros «reconocen un ámbito autónomo al individuo sin interferencias estatales necesario para el desarrollo de sus posibilidades vitales»; son derechos de autodeterminación personal, cuya configuración corresponde a sus titulares, de forma que la obligación que imponen a los poderes públicos es esencialmente negativa o de abstención. Los segundos «reconocen facultades de intervención en el proceso político, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de voluntad de los mismos a la participación de los ciudadanos por sí, respectivamente, o mediante la actuación de sus representantes». Los terceros se identifican con «determinadas pretensiones de los ciudadanos a actuaciones concretas o prestaciones de los poderes públicos»; a través de ellos «no se reclama la abstención ni la participación, sino el desempeño de una actividad por parte de los poderes públicos»; la actividad que se solicita «corresponde esencialmente a la Administración y depende, consecuentemente, no sólo de una voluntad política o de una disposición ideológica a su rendimiento, sino antes que nada de una cierta capacidad económica o presupuestaria»⁸⁹.

⁸⁸ Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VII, apartado 3.2, nota 63.

⁸⁹ Los textos entrecomillados son de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, en «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», 71 *REP*, ob. cit., págs. 89-90.

Cada tipo responde a una fase en la evolución del Estado Constitucional y, de alguna manera, atiende principalmente a cada una de las cláusulas que definen el Estado español (art. 1.1 CE): los derechos de libertad atienden al Estado de Derecho, los derechos de participación al Estado Democrático y los derechos de prestación al Estado Social. Por otra parte, pocos derechos fundamentales son puramente de un tipo u otro, siendo frecuente que se encuentran en ellos componentes de los tres tipos⁹⁰, por lo que habrá que atender al elemento preponderante —a la obligación principal que imponen— para adscribir un derecho fundamental a un tipo u otro.

La libertad de empresa es un derecho de *libertad*, lo que significa, por un lado, que su configuración concreta se deja en manos de sus titulares, y, por otro, que su ejercicio reclama de los poderes públicos principalmente una obligación de abstención (de no transgresión). Esto tiene una repercusión evidente sobre las garantías que contiene el artículo 53.1 CE: la vinculación a los poderes públicos que demanda la libertad de empresa es esencialmente una vinculación *pasiva*⁹¹; de la ley que ha de ejercitar la reserva constitucional se reclama esencialmente una regulación ordenadora y tuteladora, pero no configuradora o definidora del derecho⁹²; por último, el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa supone del legislador un mandato de no hacer, esto es, un mandato no limitar injustificadamente ese contenido, previamente determinado⁹³.

⁹⁰ «Así, una libertad como la de reunión (art. 22) no sólo supone el ejercicio de un derecho individual, se trata asimismo de un instrumento fundamental para la realización de la participación democrática, y puede, en fin, obligar a los servicios de orden público a su protección positiva» [SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: *ibidem*, pág. 91].

⁹¹ Esencialmente *pasiva* en el caso del legislador (a salvo de los deberes de protección mínima que se derivan de la dimensión objetiva); también vinculación *activa*, pero limitada, en el caso de la Administración (cumplir y hacer cumplir las leyes); también *activa* y limitada en el caso de los jueces, salvo en situaciones de protección deficiente del derecho por parte del legislador: en estas situaciones el juez debe suplir la falta de protección del legislador, si ello es posible.

⁹² Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VIII, apartado 1.

⁹³ Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa, vid. *infra*, capítulo VII. En los derechos de prestación, por el contrario el respeto al contenido esencial supone un mandato de hacer: son derechos a prestaciones normativas y fácticas por parte de los poderes públicos. En los derechos de participación, también el respeto al contenido esencial supone un mandato de hacer, pero en este caso básicamente un

3. La tercera y última clasificación –que tomo prestada con cierta libertad de Alessandro PACE⁹⁴– atiende a la estructura de los derechos y distingue entre derechos fundamentales *absolutos* y *relativos*: los primeros no necesitan la intervención de un tercero para realizar el interés que incorporan y, en consecuencia, son oponibles *erga omnes*; los segundos sí necesitan esa intervención de terceros y, por fuerza, son oponibles sólo frente a esos terceros que han de intervenir para realizar el derecho: consisten en una pretensión frente ellos. Dentro de los derechos *relativos* hay que distinguir según que el derecho se ejerza frente al Estado (los poderes públicos), bien también frente a particulares⁹⁵; paralelamente, hay que distinguir según que el contenido del derecho consista en la exigencia de una prestación positiva (*facere*), de una omisión (*non facere*) o en el ejercicio de un poder (derecho potestativo)⁹⁶.

Como se ve, esta clasificación, que se inspira en la empleada en el seno del Derecho de Obligaciones para distinguir entre derechos reales y de crédito, presupone que los derechos fundamentales son oponibles también frente a los particulares, salvo aquellos que estructuralmente consisten exclusivamente en pretensiones (de hacer o no hacer) frente a los poderes públicos. En esta

hacer normativo: son derechos a prestaciones normativas, reclaman sobre todo una regulación que posibilite su ejercicio.

⁹⁴ PACE, A.: «La heterogénea estructura de los derechos constitucionales»; 3 *Cuadernos de Derecho Público* (enero-abril 1998), págs. 9 y ss.

⁹⁵ Subrayo la palabra “también” porque no existen derechos fundamentales *sólo* oponibles frente a los particulares. Los derechos fundamentales son *siempre* oponibles frente a los poderes públicos. Conviene hacer esta matización a la clasificación de PACE.

⁹⁶ Ejemplo de derecho *relativo* que consiste en un *non facere* frente al Estado es el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE). Ejemplo de derecho *relativo* que consiste en la exigencia de un *facere* del Estado es el derecho a la educación (art. 27 CE). Ejemplo de derecho *relativo* que consiste en la exigencia de un *non facere* frente a un particular (aunque también frente al Estado) es el derecho de huelga (art. 28.2), que impone una obligación de abstención por parte del empresario; este derecho supone también el ejercicio de un poder, o, mejor, de una competencia en el sentido de ALEXY (existe capacidad natural para no ir al trabajo, pero la capacidad de ponerse en huelga es creada por el Derecho).

clasificación, es claro que la libertad de empresa se sitúa dentro de los derechos absolutos, porque no requiere de la intervención de un tercero para ponerse en marcha, para ser ejercitable⁹⁷. Ello significa que es oponible *erga omnes*, frente a poderes públicos y frente a particulares, que están obligados a no obstaculizar injustificadamente su despliegue. En mi opinión, la libertad de empresa es un derecho fundamental con eficacia directa *inter privados*⁹⁸.

5. LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHOS FUNDAMENTALES CONEXOS.

La libertad de empresa es la libertad de ejercer actividades económicas organizadas bajo la forma de empresa. Directamente relacionada con esta libertad están otros derechos fundamentales. Aquí me refiero a tres de ellos, de cuya conexión con la libertad de empresa se da breve cuenta: libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE), derecho de propiedad (artículo 33) y derecho de asociación (artículo 22). En el capítulo siguiente abordaré brevemente la relación entre libertad de empresa y las libertades de enseñanza (art. 27 CE) y expresión e información (art. 20), en cuanto afectan al ámbito objetivo de la libertad de empresa. También está directamente relacionada con el derecho fundamental del artículo 38 la libertad de circulación (art. 19 CE). Esta libertad forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (en su vertiente de libertad de organización y planificación), por lo que me remito al tratamiento jurídico que haga en el capítulo VII.

⁹⁷ Aunque en su ejercicio concreto se *relativice*. Por ejemplo, cuando la libertad de empresa se ejerce en el mercado, se traduce en pretensiones de *no hacer* frente a los poderes públicos y frente a otros empresarios, ninguno de los cuales pueden obstaculizar injustificadamente la libertad de cada empresario de vender sus bienes o servicios. O cuando la libertad de empresa se ejerce en la empresa, como autonomía de dirección, se traduce en pretensiones frente a los trabajadores, tanto de *hacer* (realizar la prestación en que consiste su trabajo), como de *no hacer* (no oponerse injustificadamente a las instrucciones que reciban del empresario).

⁹⁸ Sobre esta cuestión, vid. el capítulo siguiente (capítulo VI, apartado 2.3).

5.1. Libertad de empresa y libre elección de profesión.

El artículo 12.1 de la Constitución alemana dice: «Todos los alemanes tienen derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por ley o en virtud de la ley». Como es sabido⁹⁹, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado que la norma contenida en este artículo protege la libertad de empresa, aunque también la libertad de trabajo: el concepto “profesión” ha de entenderse en sentido amplio, como comprensivo tanto de la actividad autónoma o independiente como de la actividad no autónoma o dependiente. También ha declarado que la norma no protege sólo el derecho a *elegir* profesión, sino también el derecho a *ejercer* la profesión elegida¹⁰⁰.

En el sistema constitucional alemán, la libertad de empresa es una especie dentro del género “libertad profesional”. Esta interpretación viene forzada por la ausencia de constitucionalización expresa de la libertad de empresa. No existe este problema en nuestra Constitución, de manera que las relaciones entre el artículo 35.1 y el artículo 38 deben plantearse de otra forma. En nuestro sistema constitucional, la libertad de empresa engloba la libre elección de profesión y no al revés. La libertad de empresa implica la libertad de elegir ejercer (o no) una actividad empresarial (aunque implica más que esto), sin que nadie pueda ser obligado a ejercer una actividad empresarial si no quiere. En lo que tocante a la libertad de elección, el artículo 38 CE tiene la condición de *lex specialis* respecto del artículo 35.1 CE.

En rigor, la libertad de empresa engloba la libertad de elegir ser empresario, como el derecho al trabajo (reconocido en el mismo artículo 35.1 CE) engloba la libertad de elegir ser trabajador. El enunciado «Todos los españoles tienen el derecho a la libre elección de profesión u oficio» no puede

⁹⁹ Vid. *supra*, Introducción, apartado 3.

¹⁰⁰ Sobre la diferencia, a efectos de limitación legislativa, entre libertad de elección (acceso) y ejercicio me remito a la Introducción.

ser un enunciado vacío de contenido y, por ello, hay que entenderlo como una cláusula residual, aplicable a todas aquellas profesiones u oficios que, constituyendo actividades independientes (no asalariadas), no son actividades empresariales: es el caso, por ejemplo, de las profesiones llamadas "liberales"¹⁰¹.

5.2. Libertad de empresa y derecho de propiedad.

La libertad de empresa y el derecho de propiedad (junto con el mercado), son las piezas que forman el sistema económico proclamado en el artículo 38 de la Constitución. Su conexión es más que evidente. Sin embargo, no se deben confundir. Para empezar, el empresario no tiene por qué ser propietario de los bienes de la empresa ni, en general, de los medios de producción: basta con que tenga poder de disposición sobre ellos en virtud de un título jurídico suficiente¹⁰². Pero, además, el objeto sobre el que se proyectan uno u otro

¹⁰¹ Vid., no obstante, lo que digo respecto de las profesiones liberales y la libertad de empresa en el capítulo VI, apartado 3. Queda la duda acerca del alcance de la norma del artículo 35.1 CE: ¿comprende sólo la libertad de elegir, o también la libertad de ejercer lo elegido? La STC 83/1984 (fj 3) parece dar una interpretación restrictiva del ámbito del artículo 35.1 CE, en relación con el del artículo 38 CE: del primero dice que *no* garantiza «el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de *elegir* libremente profesión u oficio», mientras que del segundo se dice que no comprende el derecho a acometer cualquier empresa, pero sí «el [derecho] de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden» (el subrayado es mío). Esto es lo que parece deducirse: sólo libertad de elección (de inicio) en un caso (art. 35.1 CE), libertad de elección (de inicio) y de ejercicio (sostener) en otro (art. 38). Sin embargo, inmediatamente después dice: «La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35.1 ó 38». Entonces, ¿qué es regular el ejercicio de la libertad de empresa? ¿Qué se entiende por ejercicio de la libertad de empresa? ¿Garantizan los artículos 35.1 y 38 sólo la libertad de iniciar una actividad profesional o empresarial?

Que la libertad de empresa comprende la libertad de ejercicio de actividades empresariales no me cabe duda. También creo que un componente mínimo de libertad de *ejercicio* debe existir en la libertad de profesión no empresarial: ¿de qué vale si no reconocer la libertad de elegir una profesión si después esa profesión queda absolutamente en manos del legislador, que puede "publicarla" sin límite? No obstante, este componente mínimo de libertad es probablemente menor que el de la libertad de empresa, a la vista del artículo 36 CE.

¹⁰² Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VI, apartado 3.

derecho fundamental es distinto: «la libertad de empresa se proyecta sobre el desarrollo de actividades económicas y el derecho de propiedad sobre los activos que sean producto, en su caso, de tal desarrollo»¹⁰³. Valen aquí también las palabras de SCHOLZ, citando al Tribunal Constitucional alemán: el derecho de propiedad «protege lo adquirido, la consecuencia de la actividad», mientras que la libertad de empresa «protege la adquisición, la actividad en sí misma»¹⁰⁴.

Esto significa que las limitaciones de los poderes públicos que afectan a la actividad empresarial caen bajo la esfera del artículo 38 CE, mientras que las que afectan al uso y disposición del patrimonio empresarial y de los beneficios obtenidos caen bajo la esfera del artículo 33 CE¹⁰⁵. También puede ocurrir que una limitación caiga bajo la esfera de ambos preceptos, que estarán en tal caso en una situación de concurso ideal¹⁰⁶. Y no es baladí averiguar si una medida que limita la libertad de empresa limita también el derecho de propiedad, porque las limitaciones de este último pueden dar lugar a indemnizaciones, si tienen carácter expropiatorio. A este respecto, las leyes de sectores regulados que imponen a las empresas obligaciones de servicio universal no se consideran indemnizables; por el contrario sí puede dar lugar a indemnización la reserva ex artículo 128.2 CE de un sector de actividad hasta

¹⁰³ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV (Thomson-Civitas, 2003), pág. 5982.

¹⁰⁴ SCHOLZ: «Art. 12»; en MAUNZ /DURIG: *Grundgesetz Kommentar*, marginal 139, nota 5.

¹⁰⁵ En palabras de PAPIER, «mientras las intervenciones de los poderes públicos en la actividad individual laboral y productiva caen bajo la esfera de protección del artículo 12.1 GG, hay que medir por los parámetros del artículo 14 GG las limitaciones estatales a la titularidad, explotación y aprovechamiento del patrimonio acumulado y actualmente existente» [PAPIER, J.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en VV. AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit, pág. 588].

¹⁰⁶ Así ocurre, por ejemplo cuando la actividad empresarial consiste en la explotación de un bien como la tierra. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que «las limitaciones de la actividad empresarial agrícola son ... indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica determinadas por la función social de esta última»; y que «la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir» (STC 37/1987, fj 5, parr. 3 y 8).

entonces privado, en relación con las empresas que venían desarrollando actividades privadas en ese sector¹⁰⁷.

5.3. Libertad de empresa y derecho de asociación.

Titular de la libertad de empresa puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica (una sociedad). Se plantea así el asunto de la concurrencia entre el derecho de asociación (art. 22 CE) y la libertad de empresa. Ahora bien, esta concurrencia de derechos es posible sólo en el caso de que se entienda que dentro del ámbito subjetivo del artículo 22 CE se incluyen las sociedades mercantiles, cuestión no del todo pacífica y que debe abordarse con carácter previo.

Que las sociedades mercantiles están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 22 CE es algo que piensa también el Tribunal Constitucional, aunque su postura no es del todo contundente. En la STC 23/1987 (fj 6)¹⁰⁸, el Tribunal admite como hipótesis que las sociedades mercantiles estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 22 CE: «Podría parecer, a primera vista, que nada se opone» a la interpretación del recurrente, según la cual «el término "usado" en el citado art. 22 comprende tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, es decir, las sociedades, entre ellas, las anónimas». Pero luego hace un regate y centra la cuestión en el hecho de que «en las sociedades mercantiles y, en particular, en las sociedades de capitales, cuya forma más característica es la sociedad anónima, predomina, frente a las relaciones derivadas de la unión de

¹⁰⁷ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV; ob. cit., págs 5982-5983.

¹⁰⁸ El asunto litigioso se centraba en torno a una modificación de los Estatutos de una sociedad anónima, en virtud de la cual se atribuían al nudo propietario los derechos políticos de las acciones que, hasta ese momento, se atribuían al usufructuario. En vía judicial ordinaria se anuló la modificación porque se entendió que se privaba de derechos al usufructuario sin compensación alguna. La sociedad recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando vulneración de su libertad de autoorganización. El recurso de amparo fue desestimado.

personas, las nacidas de la unión de capitales»; de tal suerte que «es necesario plantear en cada caso si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa o bien tiene un carácter preferentemente económico». En resumen, no se niega a las sociedades mercantiles su condición de asociaciones ex art. 22 CE, pero no todos los problemas “intrasocietarios” son reconducibles al artículo 22 CE: si el derecho afectado es de naturaleza asociativa, entra dentro del ámbito de aplicación del precepto, si es de naturaleza económica, cae fuera de él¹⁰⁹.

Tiene razón GÓMEZ MONTORO¹¹⁰ cuando afirma que no hay motivos de peso que justifiquen un entendimiento restrictivo de la expresión “asociación” utilizada por el artículo 22, que abarque sólo las asociaciones “en sentido estricto”¹¹¹, esto es, las que carecen de ánimo de lucro. En palabras del autor: «La Constitución proclama sin matices ese derecho y no existen argumentos para entender que la asociación de personas deja de estar constitucionalmente garantizada cuando se presenta bajo otras de las formas previstas por el legislador o cuando persigue finalidades mercantiles»¹¹²; en definitiva, dentro del artículo 22 CE se incluye «toda entidad que sea fruto de la voluntad de asociarse de sus fundadores, dotada de permanencia y con una

¹⁰⁹ El Tribunal Constitucional desestimó el recurso alegando que el derecho afectado era el de propiedad, que no tiene acceso al amparo: «En el presente recurso la posibilidad o no de que un acuerdo social reduzca sin indemnización las facultades del usufructuario, entre ellas la de suscripción preferente de nuevas acciones, y aumente consiguientemente las del nudo propietario, plantea una cuestión que atañe sobre todo al contenido de derechos patrimoniales que se reconoce en el art. 33.3 de la Constitución y cae por tanto fuera del derecho de asociación y del ámbito del recurso de amparo» (fj 6).

¹¹⁰ GÓMEZ MONTORO, A.J.: «La titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas: un intento de fundamentación»; 65 *REDC* (2002), pág. 49 y ss. (en particular, págs. 87 a 95).

¹¹¹ Lo que en alemán se denomina *Verein*. Para la asociación en sentido amplio se reserva el término *Vereinigung*.

¹¹² «En realidad, la libertad de asociación ni se reduce a determinadas formas ni se ciñe a la consecución de determinados fines. Como en todo derecho de libertad, es su titular el que debe decidir cómo y en qué emplea ésta, y de la Constitución no se derivan más límites en cuanto a los fines que los expresamente previstos: que no estén tipificados como delito (art. 22.2) y que no se trate de asociaciones secretas o de carácter paramilitar (art. 22.5)» [*ibidem*, págs. 88-89]

organización mínima que le haga aparecer como algo distinto (*aliud*) de la suma de sus miembros»¹¹³.

Resuelta la cuestión previa, se puede abordar el deslinde de los ámbitos respectivos de la libertad de empresa y del derecho de asociación. Sabido es que el derecho de asociación tiene tres vertientes: libertad de constitución o creación de asociaciones, libertad de actividad externa (proyección externa del ejercicio) y libertad de organización (proyección interna del ejercicio). Veamos si se entrecruzan –y cómo se entrecruzan- ambos derechos en cada una de estas vertientes:

- La libertad de creación de sociedades mercantiles se incluye tanto en el ámbito del derecho de asociación como en el ámbito de la libertad de empresa (que comprende la libertad de crear sociedades mercantiles para ejercer actividades empresariales). En esta vertiente uno y otro derecho están en situación de concurso ideal: una limitación de esta libertad afecta tanto al derecho de asociación como a la libertad de empresa.

En lo que hace a la libertad de empresa, quiero hacer dos observaciones. En primer lugar, el legislador es libre de regular las diversas formas de personificación jurídica de la actividad empresarial, siempre que deje espacio para el desenvolvimiento de la actividad empresarial: no existe derecho a una forma concreta de sociedad, pero sí existe derecho a ejercer la actividad empresarial bajo alguna forma de sociedad¹¹⁴. En segundo lugar, la adscripción forzosa a una asociación (caso de las Cámaras de Comercio)¹¹⁵, limita tanto la libertad de empresa como la libertad de asociación, pero mucho

¹¹³ *Ibidem*, pág. 89.

¹¹⁴ Hago más para nuestro Derecho las palabras de PAPIER para el Derecho alemán: «el legislador (mercantil) puede limitar la autonomía en cuanto a la elección del tipo de sociedad mediante la prescripción de formas empresariales obligatorias. En su caso, tendría entonces que proveer [de] un número suficiente de variantes, con el fin de evitar que la obligatoriedad de elegir un tipo determinado se convierta en una barrera de acceso (al mercado) para determinados ámbitos o clases de la actividad empresarial» [PAPIER, J.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en VV. AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit, pág. 591].

¹¹⁵ Vid. SSTC 179/1994 (sobre la regulación preconstitucional de estas Cámaras) y 107/1996 (sobre la Ley 3/1993, que las modernizaba).

menos la primera que la segunda: para la libertad de empresa es una carga impuesta al ejercicio de actividades empresariales¹¹⁶, para la libertad de asociación es un sacrificio de la misma, en su faceta de libertad negativa (como derecho a no ser obligado a asociarse); el escrutinio constitucional ha de ser forzosamente menos riguroso en un caso que en otro.

- La libertad de actividad externa que protege el artículo 22 CE no tiene un contenido específico: la norma constitucional se limita a garantizar el derecho de toda asociación a ejercer en libertad la actividad que se corresponde con su naturaleza. Habrá que estar a cada tipo de asociación para concretar el contenido de esa actividad. En el caso concreto de las sociedades del artículo 38 CE, esa actividad es la empresarial. En esta vertiente, la relación entre derecho de asociación y libertad de empresa es de especialidad: las limitaciones a la actividad "externa" de las sociedades del artículo 38 son exclusivamente limitaciones de la libertad de empresa.

- Por último, queda la libertad de organización o, más precisamente, la libertad de autoorganización de la asociación. Esta libertad abarca tanto la elaboración de los Estatutos como su aplicación concreta a los asociados por parte de los órganos de la asociación. La cuestión es si la libertad de empresa comprende también la libertad de autoorganización de las personas jurídicas titulares de la misma¹¹⁷.

Mi opinión es que los personas jurídicas titulares de la libertad de empresa se benefician de la libertad de autoorganización que les proporciona el derecho de asociación, pero la libertad de empresa no comprende la libertad de autoorganización. La libertad de autoorganización presupone una relación entre sociedad y socio que es ajena a la libertad de empresa. La libertad de empresa la ejerce la sociedad, y no el socio que, a estos efectos, no es alguien distinto (un *alien*), sino parte de la sociedad: no es a los socios sino a la

¹¹⁶ Sobre la idea de "carga", vid. *supra*, apartado 2.1.2.3 de este capítulo.

¹¹⁷ La STC 49/1988 (fj 12) parece darlo a entender, bien que a título incidental: vid *infra*, capítulo VII, apartado 2.1.

sociedad a la que se le imputa la actividad empresarial¹¹⁸. Ciertamente es que la libertad de empresa comprende la libertad de organización y planificación del empresario, pero esta libertad no es la libertad de autoorganización, es una libertad específica y orientada al mercado: es la libertad de organizar los factores de producción al objeto de producir bienes y servicios para el mercado¹¹⁹.

Los problemas entre la sociedad y los socios son problemas *en la sociedad* (titular de la libertad de empresa) y no *de la sociedad* con otros, por lo que no entran dentro del ámbito de aplicación de la libertad de empresa y sí en el del derecho de asociación¹²⁰. En palabras de PAZ-ARES y ALFARO, «en la medida en que la libertad de empresa se ejerce *en compañía de otras personas*, las relaciones societarias están amparadas por la libertad de asociación» y, por tanto, «la distinción hay que trazarla entre *cuestiones que afectan a las relaciones societarias y cuestiones que afectan al ejercicio de la actividad económica*»¹²¹. En definitiva, las limitaciones a la libertad de autoorganización de las sociedades mercantiles son limitaciones al derecho de asociación y no a la libertad de empresa.

¹¹⁸ El elemento decisivo para determinar jurídicamente la condición de empresario es la imputación de la actividad: empresario es la persona (física o jurídica) que asume frente a terceros, con cargo a su patrimonio, las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial. Es la sociedad a la que se imputa la actividad empresarial. Sobre esta cuestión, vid. *infra*, capítulo VI, apartado 2.1.

En la doctrina alemana, vid. PAPIER: el titular de la libertad empresarial, en el caso de empresas no exclusivamente unipersonales es «aquella unidad de voluntad jurídicamente constituida que conforme al Derecho toma las decisiones determinantes para la empresa, es decir, la persona jurídica o sociedad mercantil en cuyo nombre y por cuya cuenta y riesgo otras personas desempeñan actividades empresariales. Por tanto, ni el propietario de acciones, ni el *ejecutivo* son titulares del derecho fundamental a la libertad empresarial que establece el art. 12.1 GG» [PAPIER, J.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en VV. AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 583].

¹¹⁹ Sobre la libertad de organización y planificación como parte del contenido esencial de la libertad de empresa, vid. *infra*, capítulo VII, apartado 5.1.

¹²⁰ Y, en su caso, el derecho de propiedad. El accionista —y mucho más el accionista inversor (cuyo único interés es el financiero)— tiene derecho a ser protegido en la propiedad de sus acciones frente a las actuaciones de la sociedad.

¹²¹ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV; ob. cit., pág. 5988.

CAPITULO VI

AMBITO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. SOBRE EL SUJETO Y OBJETO DEL DERECHO SUBJETIVO: LA CONTROVERTIDA NOCIÓN DE EMPRESA.

1.1. Planteamiento general.

Identificar el sujeto (ámbito subjetivo) y el objeto (ámbito objetivo) de la libertad de empresa no es tarea fácil. Ello obedece, desde luego, a la íntima conexión entre empresario (el presunto sujeto) y empresa (el presunto objeto), hasta el punto de que en el lenguaje económico y en el usual se emplea la voz "empresa" para aludir al empresario. Pero también, y sobre todo, a la misma confusión que existe en torno a la noción de empresa desde una perspectiva jurídica.

Dice FONT GALÁN que «la empresa es, en su esencia natural, una realidad económica y, en su explicación racional y lógica, un concepto económico»¹. Desde el punto de vista económico, se admite comúnmente que la empresa es una organización de capital y trabajo destinada a la producción

¹ En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, Vol. I (Ariel, 1997 -4.ª ed.), pág. 54. En la ciencia económica existen diversas teorías de empresa, construidas a partir de diversos modelos; los dos modelos más conocidos son el modelo neoclásico -cuyo objeto es explicar el mecanismo de determinación de los precios- y el contractual -cuyo objeto es explicar la estructura de las empresas: vid. un resumen de ambos modelos en ORIOL LLEBOT MAJO, J.: «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)»; 220 *Revista de Derecho Mercantil* (1996), pág. 319 y ss.

o a la mediación de bienes y servicios para el mercado². La empresa es para la economía un sujeto del tráfico económico, «*un centro autónomo de decisiones económicas*» y no «una simple organización técnico-funcional, una mera unidad de producción o explotación, supeditada a fines u objetivos económicos prefijados desde una instancia directiva superior»³. Pero también es un objeto del tráfico económico; y ese objeto de tráfico es la empresa como *organización activa*: «con la transmisión de una empresa lo que se pretende propiamente traspasar es este *campo de actividad* y, sólo accesoriamente, la organización, que sirve de instrumento a la explotación de la actividad»⁴.

Sin embargo, esa realidad económica que es la empresa, ni está regulada unitariamente por el Derecho Positivo, ni ha encontrado una concepción jurídica unitaria unánime en la doctrina. Por lo que hace a la regulación, la “empresa” es objeto de atención en prácticamente todas de las ramas del Derecho, de manera que cada disciplina jurídica regula la empresa desde su propio concepto de empresa, en función de los aspectos de ésta que más le interesan. Por lo que hace a la doctrina, si nos centramos en la mercantilista (la que más se ha ocupado del asunto, por ser la empresa el eje sistemático del Derecho Mercantil), los conceptos pretendidamente unitarios no han dejado de proliferar. Siguiendo al propio FONT GALAN, se pueden distinguir las siguientes teorías⁵:

² En la jurisdicción social se utiliza esta noción económica a efectos de sucesión o transmisión de empresas: se dice así que la empresa es una *organización de medios personales y materiales encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto* (STS de 9-7-1987, RJ 1987/5123) o, más claramente, una *organización económica de elementos productivos encaminada a la producción de bienes o servicios* (STS de 26-1-1988, RJ 1988/56).

³ GONDRA, J.M.^a: «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la perspectiva de la teoría general del Derecho)»; 228 *Revista de Derecho Mercantil* (abril-junio 1998), pág. 496.

⁴ GONDRA, J.M.^a: *ibidem*, pág. 498.

⁵ En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, Vol. I; ob. cit., pág. 56 y ss.

1. La teoría *subjetivista*, que concibe la empresa como una persona jurídica, como una unidad jurídica subjetivizada distinta del empresario, el cual es conceptuado sólo como «el primer servidor de la empresa».

2. La teoría *patrimonialista*, que concibe la empresa como un patrimonio afecto a una actividad o fin empresarial y, como tal, es un patrimonio autónomo distinto del patrimonio personal del empresario.

3. La teoría *dinámica (o funcional)*, que define la empresa como actividad económica del empresario. De impronta italiana, esta teoría distingue entre empresario (sujeto jurídico), empresa (la actividad económica que cualifica al empresario) y el establecimiento (la *azienda*, conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la actividad) ⁶.

4. La teoría *espiritualista (u organicista)*, que, trasladando el concepto económico a términos jurídicos, define la empresa como organización, como unidad formada no sólo por elementos personales y patrimoniales, sino también por un elemento inmaterial, la actividad creadora, directora y organizadora del empresario (la organización en sí) ⁷.

Estas teorías tienen puntos débiles en particular⁸ y un punto débil común, que es el que me interesa: ninguna de ellas contempla globalmente el

⁶ Entre nosotros, esta es la posición de URÍA; vid. URÍA, R: *Derecho Mercantil* (Marcial Pons, 2003 –24.ª ed.), págs. 29 y ss.

⁷ A este respecto, vid. STS 193/1994, Ar. 2197 (Sala de lo Civil); en su fundamento jurídico tercero define la empresa mercantil como «unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente del dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica».

⁸ La teoría *subjetivista* confunde la empresa con la sociedad (esta sí auténtica persona jurídica) y no explica cómo la empresa, cuando es objeto de tráfico, puede ser al propio tiempo sujeto y objeto del derecho. La teoría *patrimonialista* falla porque el ordenamiento no reconoce autonomía patrimonial al conjunto de bienes que forman la empresa; este conjunto forma una unidad patrimonial con el patrimonio del titular, tanto en materia de responsabilidad (los acreedores civiles del empresario pueden satisfacerse con el patrimonio empresarial) como en materia de transmisión

fenómeno “empresa”, sino sólo parcialmente. De ahí que no falten quienes, modernamente, defienden una posición *atomista*, que tiende a descomponer analíticamente el fenómeno, resaltando los diferentes perfiles o dimensiones jurídicas que presenta: un perfil *subjetivo*, que remite a los aspectos jurídicos relacionados con la titularidad de la empresa; un perfil *objetivo*, que remite a la dimensión jurídico-patrimonial del fenómeno (a la empresa-organización como bien económico) y un perfil *funcional*, que remite a la dimensión de la actividad dirigida a producir bienes y servicios para el mercado⁹.

1. 2. La perspectiva constitucional.

¿Existe una noción constitucional de empresa? Si es así, ¿dónde se adscribe la “empresa”, al ámbito del sujeto o del objeto de la libertad de empresa? Responder a estas cuestiones exige tener presente algo básico: desde la perspectiva jurídica, el sujeto y el objeto de un derecho subjetivo (sea

mortis causa (en la herencia se confunden el patrimonio civil y el mercantil del causante). La teoría *dinámica* tampoco encuentra apoyo jurídico positivo en nuestro Derecho, aparte de que “la actividad crea la empresa, pero no es la empresa”. La teoría *espiritualista* también carece de apoyo legal. Todas estas críticas en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, Vol. I; ob. cit., pág. 56 y ss.

⁹ Sobre esta cuestión, vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *ibidem*, pág. 59; y GONDRA, J.M., *ibidem*, pág. 507.

A estas tres dimensiones añaden algunos una dimensión *institucional*, referida exclusivamente a la gran empresa, personificada jurídicamente como sociedad anónima. En efecto, como dice ALONSO UREBA, «*cuando se habla del aspecto institucional se hace referencia fundamentalmente a la evolución de la estructura interna (estructura de poder o decisión) de la gran empresa, tema que se conecta fundamentalmente con la sociedad anónima*»; y son dos los asuntos relevantes al respecto: «de una lado, la incorporación de representantes de intereses diversos a los órganos de decisión de la sociedad anónima, particularmente de los trabajadores a través del llamado régimen de cogestión» y, «de otro, la introducción del concepto de “interés de empresa”, que aglutina los diversos sectores presentes en la empresa como realidad económica (socios, trabajadores e intereses generales, fundamentalmente»; en la medida en que incorpore a la estructura de decisión o de poder de estos sectores, la sociedad anónima tiende a dejar de ser «forma exclusiva de organización del capital para pasar a ser estructura organizativa de la empresa»; es en este sentido en el que se habla «de un *proceso de personificación o institucionalización de la empresa*» [ALONSO UREBA, A.: Voz «Empresa (D. Mercantil)», en MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas, 1995), vol. II (COR-IND), pág. 2728 y ss].

o no fundamental) son cosa distinta; dicho de otra forma, de un mismo fenómeno no puede predicarse al mismo tiempo la condición de sujeto y objeto de un derecho subjetivo. En consecuencia, la empresa, o es sujeto o es objeto de la "libertad de empresa", pero no ambas cosas a la vez.

Si se observa a simple vista la fórmula "Se reconoce la libertad de empresa", parece remitir a la noción de empresa como actividad: la libertad de empresa es la libertad de actividad empresarial, y sobre esta actividad sobre se proyectan las facultades que integran el contenido esencial del derecho fundamental. Ahora bien, ¿qué es actividad empresarial? Desde luego, una actividad empresarial es una actividad *económica*, lo que permite distinguirla de las puramente científicas, artísticas o intelectuales, que también gozan de protección constitucional (art. 20.1.b CE). Pero no es una actividad económica cualquiera, pues si la Constitución hubiera querido consagrar la libertad de actividad económica a secas lo habría dispuesto. En verdad, en su redacción originaria, se proclamaba precisamente esto, la libre iniciativa económica a secas, siguiendo la Constitución italiana (art. 32.1 del Anteproyecto de Constitución: «Se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada»), pero pronto (en el informe de la ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso), esta redacción fue sustituida por la actual, la que habla de libertad *de empresa* en particular. El hecho es que el Constituyente no quiso proteger como derecho fundamental cualquier libertad económica, sino tan sólo la libertad de empresa, como especie dentro del género libertad económica.

¿Y qué es lo que singulariza la "actividad empresarial" como especie dentro del género "actividad económica"? Lo que la identifica como tal es el ser una actividad *continuada* –no puramente ocasional- y *organizada*: la actividad empresarial supone siempre organización (de factores de producción en términos económicos, de personas y bienes en términos jurídicos) al servicio de un objetivo, la producción de bienes y servicios *para* el mercado. Como dice GIRÓN TENA, «la iniciativa y actividad empresariales presuponen una permanencia de la organización, no se refieren a un tráfico especulativo ocasional, que se daría en condiciones distintas, ni a una actividad que sea tan

absolutamente personal que no cuente con la afección de factores de la producción a esa función empresarial peculiar que consiste en asumir el riesgo de esas organizaciones para producir para el mercado, bajo la racionalidad propia de éste»¹⁰.

Ciertamente, el grueso de la actividad económica de nuestro tiempo es actividad organizada, es actividad de empresa¹¹, y ello se deja sentir en la redacción del artículo 38 CE, que protege, por su importancia, la libertad de actividad empresarial como derecho fundamental, pero *sólo* la libertad de actividad empresarial. Cualesquiera otras vertientes de la libertad económica pueden ser consideradas manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y gozan de la protección *negativa* del principio general de libertad (que permite hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley), de la protección de la garantía institucional del mercado (del que es presupuesto implícito la libre iniciativa económica) y, en su caso, de la de protección *iusfundamental* del artículo 35.1 CE¹².

La libertad de empresa es, por tanto, una libertad de actividad económica organizada para producir bienes y servicios para el mercado. A partir de esta definición, resulta más fácil identificar el sujeto y el objeto del derecho fundamental. El *sujeto activo* o titular es siempre una persona (física o jurídica), la que ejerce la actividad, mejor dicho, la persona a la que corresponde el conjunto de facultades en que el derecho subjetivo consiste; esta persona se llama **empresario**. Y el objeto es la realidad sobre la que

¹⁰ GIRON TENA, J.: «Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa»; en VV. AA: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo* (Editoriales de Derecho Reunidas, 1981), pág. 287.

¹¹ «... es decir, actividad desarrollada por organizaciones económicas típicas, las empresas. Los sectores económicos que escapan a estas se pueden considerar, en la actualidad, marginales dentro del conjunto de la economía moderna» (GONDRA, J.M, *ibidem*, pág. 494). Añade el autor, en esa misma página: «La actividad económica de carácter "individual" está fundamentalmente restringida a áreas que se resisten a la despersonalización (profesiones libres) o en las que la impronta individual todavía le confiere un valor económico añadido (artesanía) o se trata, simplemente, de nichos económicos atrasados, que subsisten en el interior de todas las economías desarrolladas».

¹² Vid. *supra*, capítulo V, apartado 5.2.

recae el poder del titular. Esta realidad no es directamente el mercado (el mercado es la realidad mediata, la realidad *a la que se dirige* la actividad empresarial); la realidad inmediata sobre la que el sujeto ejerce la actividad empresarial es la **empresa**, entendida como organización de personas y bienes orientada a un fin (producir bienes y servicios para el mercado). En consecuencia, en la definición constitucional de la libertad de empresa se integran armónicamente las tres dimensiones del fenómeno "empresa" antes señaladas: la libertad de empresa es una libertad que ejerce un sujeto (el empresario -dimensión subjetiva-) sobre un objeto (la empresa -dimensión objetiva-) y que consiste en una actividad dirigida a producir bienes y servicios para el mercado (la actividad empresarial -dimensión funcional).

2. EL AMBITO SUBJETIVO.

2.1. Sujeto activo: planteamiento general.

El titular de la libertad de empresa es el **empresario**, la persona que ejerce la actividad empresarial, o, si se quiere ser más preciso, la «persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado»¹³. Esta denominación cobija a una gran pluralidad de personas -físicas y jurídicas-, sujetas a una gran variedad de regímenes jurídicos, pero unidos en torno a una nota común: ejercer una actividad -la empresarial- que se caracteriza por ser una actividad económica¹⁴,

¹³ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I (Introducción. Empresa y Sociedades) (Mc Graw Hill, 1997 -20.ª ed.), pág. 55.

¹⁴ Es una actividad «que se realiza con *método* económico, procurando al menos la cobertura de los costes con los ingresos que se obtienen» [ROJO, A.: «El empresario»; en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho mercantil* (Thomson-Civitas, 2003), pág. 43].

profesional¹⁵ (lo que excluye de la titularidad a quien sólo ocasionalmente desempeña una actividad económica), organizada¹⁶ (lo que excluye de la titularidad a quienes desarrollan actividades profesionales sin un soporte organizativo, sin una empresa), desarrollada en nombre propio (lo que la diferencia de la actividad asalariada) y dirigida a producir bienes y servicios para el mercado (lo que excluye de la titularidad a quienes producen para el consumo propio o de su familia).

Desde una perspectiva *jurídica general*, no es ocioso hacer algunas precisiones:

- *En primer lugar*, la calificación de una persona como empresario implica la sumisión a un determinado estatuto jurídico que le coloca en un régimen especial frente al ciudadano a secas. Así, «está obligada en ciertos casos (o tiene la facultad en otros) a inscribirse en el Registro Mercantil; debe llevar una contabilidad ordenada, que es una manifestación de la organización de su negocio; está sometida a unos procedimientos concursales específicos para los casos de insolvencia (suspensión de pagos o quiebra)»; no obstante «este régimen o estatuto del empresario tiene determinados matices para algunos de ellos por la naturaleza de su actividad (así para los empresarios de seguros, banca, etc.) o de su forma (sociedades cooperativas)»¹⁷.

- *En segundo lugar*, empresario puede serlo una persona física (o un grupo unitario de ellas), o, más comúnmente en la actualidad, una persona jurídica (o un grupo unitario de ellas).

¹⁵ Es decir, habitual y no ocasional. No obstante, «la profesionalidad no exige que la actividad se desarrolle de modo continuado y sin interrupciones: existen actividades cíclicas o estacionales (v. gr., la explotación de un hotel durante los veranos) que son empresariales» [ROJO, A.: *ibidem*].

¹⁶ Como dice ROJO, «no es concebible la actividad del empresario sin la planificación, sin un programa racional en el que se contemplen los aspectos técnicos y económicos de esa actividad, y sin la coordinación de los elementos necesarios para el ejercicio de la misma» [ROJO, A.: *ibidem*, pág. 43].

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 56.

En relación con las personas físicas, corresponde al legislador determinar los requisitos de capacidad para ejercer la actividad empresarial. A este respecto, el Código de Comercio (CdC) exige ser mayor de edad y tener plena capacidad civil (artículo 4 del CdC en relación con el artículo 322 del Código Civil -CC- y art. 87.4.º del Reglamento del Registro Mercantil -RRM). No obstante, el CdC consiente a los menores ejercer la actividad empresarial con la ayuda de un tutor, pero no *ex novo*, sino a efectos de continuar el negocio de sus padres o causantes (art. 5 del CdC y 251 y ss. del CC). A su vez, el empresario que incurra en alguna causa de incapacidad puede conservar su condición si continúa el ejercicio de su actividad por medio de su representante legal (art. 87.4 del RRM). El CdC también establece para personas con capacidad de obrar prohibiciones para el ejercicio de la actividad empresarial en los artículos 13 y 14¹⁸. En fin, a los requisitos subjetivos exigidos por la legislación mercantil hay que añadir los requisitos administrativos que, por razón de disciplina de mercado, puedan establecerse, algunos de los cuales tienen carácter subjetivo (como la exigencia de cierta cualificación o de una titulación)¹⁹.

En relación con las personas jurídicas, corresponde también al legislador determinar los tipos de personas jurídicas, sus requisitos y características, bien que no todas las personas jurídicas son susceptibles de ejercer la actividad empresarial. Señala a este respecto GONDRA²⁰ que no todas las organizaciones que se mencionan como personas jurídicas en el Código Civil son aptas como formas de titularidad de empresa (así, las Corporaciones Públicas, las asociaciones de interés público o las sociedades civiles). Por el contrario, las formas colectivas de titularidad de empresa no se reducen a las

¹⁸ El artículo 13 prohíbe el ejercicio del comercio a los inhabilitados conforme a la Ley Concursal (mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso) y a los que, por leyes o disposiciones especiales, no puedan comerciar. Por su parte, el artículo 14 recoge una serie de supuestos de incompatibilidad, incluyendo en su apartado 5.º una llamada a leyes o disposiciones especiales para que amplíen los supuestos recogidos en el artículo.

¹⁹ Sobre la constitucionalidad de estos requisitos desde la perspectiva del contenido esencial se tratará en el capítulo siguiente.

consideradas por la doctrina jurídica tradicional, a saber: las sociedades mercantiles tradicionales –la sociedad colectiva y la comanditaria-, la sociedad anónima –la forma de personificación habitual de la gran “empresa”- y la sociedad de responsabilidad limitada; hay que incluir también a las formas de organización que integran el sector público empresarial y, junto a ellas, a las formas de organización orientadas a fines de interés general o social alejados del fin de lucro (las cooperativas y las fundaciones-empresas).

Por lo demás, la persona jurídica no es una forma de organización –de subjetivación- de la empresa. De lo contrario, se diluiría la distinción entre sujeto y objeto de la actividad empresarial. La persona jurídica es siempre «una forma de organización de una titularidad plural o colectiva de personas». Esta afirmación es predicable de todo tipo de personas jurídicas, incluidas las fundaciones, las personas jurídico-públicas y las grandes sociedades anónimas, en las que parece difícil explicar que la empresa no sea el verdadero sujeto de derecho; sin embargo, aún en estos casos estamos ante formas de titularidad de la empresa, bien que «formas de titularidad extremadamente “despersonalizadas”, en las que el momento “personal” de la persona jurídica se presenta muy debilitado, lo que hace que la gestión de la empresa aparezca asimismo “objetivada” al máximo»²¹.

- En tercer lugar, el elemento decisivo para determinar jurídicamente la condición de empresario es la imputación de la actividad: empresario es la persona (física o jurídica) que asume frente a terceros, con cargo a su patrimonio, las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial²². Y esa imputación «se apoyará, en principio, en el expediente jurídico formal que constituye el mecanismo ordinario sobre el que el Derecho funda la imputación

²⁰ GONDRA, J.M.^a: «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la perspectiva de la teoría general del Derecho)»; 228 *Revista de Derecho Mercantil* (abril-junio 1998), ob. cit., págs. 513 y ss.

²¹ Los entrecomillados, en GONDRA, J.M.^a: *ibidem*, págs. 523 y 525, respectivamente.

²² «El Derecho no exige en el empresario un despliegue de actividad directa y personal; le basta con que la actividad empresarial se ejercite en su nombre, aunque de hecho venga desarrollando por personas delegadas» [ROJO, A.: «El

de los actos jurídico-negociales realizados por terceros: *la expedición del nombre (nomen expendere)*»²³

El criterio de la imputación permite distinguir jurídicamente el empresario del sujeto o de los sujetos que dirigen y organizan materialmente la actividad empresarial. La tendencia actual a la liberación de quienes dirigen la "gran empresa" respecto de su base accionarial –fenómeno que no deja de merecer la atención doctrinal²⁴– no obsta a que el centro de imputación de la actividad empresarial sea para el Derecho la persona jurídica (la sociedad anónima), que es quien responde frente a terceros de esa actividad –con cargo a su patrimonio– y quien adquiere para sí los beneficios de la actividad empresarial²⁵. Tampoco es obstáculo el que en los órganos de dirección de la "gran empresa" estén presentes los trabajadores o que incluso la forma de

empresario»; en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho mercantil*, ob. cit., pag. 42]

²³ GONDRA, J.M.ª: *ibidem*, pág. 533. Añade el autor: «Una cosa es identificarse en las relaciones jurídicas concretas, frente a los terceros que en ellas son su contraparte y otra, bien distinta, hacerse reconocible en el tráfico en su condición de titular de una empresa. Esto último supone darse a conocer públicamente –con publicidad de hecho o legal (inscripción en el Registro)– como titular del negocio-empresa. La expedición del nombre a estos efectos implica, pues, *el uso del nombre, de modo general y permanente*, en todos los ámbitos de relación con terceros que guardan relación con la actividad de explotación de aquel»; es posible, por lo demás, «que la actividad mercantil se ejerza bajo *un nombre que no sea el propio* del titular, sin que ello impida imputar la actividad al verdadero titular, cuando la identidad de éste fuera pública y notoria» (pag. 534).

²⁴ Es ya todo un clásico al respecto GALGANO: F: «Capitalistas y ejecutivos», capítulo V de *Las Instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales* (Ariel Derecho, 1999 –1.ª ed.).

²⁵ Una vez más, recorro al excelente trabajo de GONDRA: «Por razones de seguridad jurídica, el Derecho tiene necesidad de apoyar la imputación en elementos jurídico-formales. No puede entrar a averiguar en quién reside la dirección o quien asume el riesgo económico último de la empresa, ni puede variar la imputación de la actividad en función de los cambios habidos a ese respecto. Tales datos materiales pueden ser jurídicamente relevantes a los efectos de fundar eventuales *responsabilidades añadidas*. Pero el Derecho no puede apoyar en ellos la referibilidad subjetiva de la actividad y la subsiguiente atribución de la condición de empresario sin grave compromiso jurídico. Esta es la razón de que la que la noción de empresario no se corresponda con la económica. El Derecho tiene exigencias propias –la seguridad jurídica es, con la justicia material, una de las fundamentales– que no le permiten alinearse plenamente con la Economía» (*ibidem*, pág. 535).

Con todo, el criterio del "control efectivo" de la empresa tiene relevancia jurídica no a efectos de imputación, pero sí a efectos de determinar la condición pública o privada del titular. Sobre esto se volverá inmediatamente.

titularidad colectiva de la empresa sea una colectividad de trabajadores²⁶: la titularidad corresponderá siempre a la persona jurídica, y a ella se imputará la actividad, con independencia de las personas físicas que están detrás de ellas²⁷.

Desde la perspectiva *jurídico-constitucional*, esto es, a efectos de libertad de empresa ex artículo 38 CE, hay que hacer también algunas precisiones importantes:

- La libertad de empresa ex artículo 38 CE se refiere al empresario privado, no al empresario público. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, titulares del derecho fundamental son las «empresas privadas» (STC 49/1988, f.º 12). El artículo 38 CE tan sólo protege la actividad empresarial *privada*; la actividad empresarial *pública* encuentra su amparo en el artículo 128.2 CE, primer inciso²⁸. Sobre la empresa pública se tratará inmediatamente.

²⁶ El artículo 129.2 CE hace una triple llamada a los poderes públicos: en primer lugar, para que promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, lo que se ha concreto –en relación con los trabajadores– en el Estatuto de los Trabajadores; en segundo lugar, para que fomenten, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas, lo que se ha hecho mediante la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas* (BOE de 17-7-1999) –entre las que se encuentran las sociedades cooperativas de trabajo asociado–; y, en tercer lugar, para que establezcan los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción: llamamiento de tintes revolucionarios que el legislador ha reconducido al fomento de sociedades de trabajadores, como las sociedades cooperativas o las sociedades laborales (*Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales* –BOE de 25-3-1997).

²⁷ La integración de los trabajadores en los órganos de dirección de la persona jurídica no afecta a la distinción entre empresario y empresa, sí a la distinción empresario-personal a su servicio.

²⁸ Dicen PAZ-ARES y ALFARO, amparándose en STERN y KOPPENSTEINER: «Como se ha afirmado acertadamente, no se encuentran detrás de las empresas públicas las razones que llevan a extender la titularidad de los derechos fundamentales desde las personas naturales a las personas jurídicas privadas. Las personas jurídicas privadas surgen como efecto de un contrato, de un acto de la autonomía privada, de un acto de personas que ejercitan, así, un derecho fundamental (el de asociación) y la atribución de derechos fundamentales a estas personas jurídicas se justifica porque es la forma de asegurar la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales que contribuyeron a su constitución o que son parte del contrato correspondiente. La constitución de una

- El concepto de empresario del artículo 38 CE incluye sólo al empresario privado pero, dentro de él, cabe cualquier tipo de empresario, es decir, todo aquella persona física o jurídica a la que se le impute una actividad empresarial, cualquiera que sea la forma de titularidad. Incluye, por tanto, al empresario mercantil, pero también al no mercantil (v. gr., el empresario agrícola).

- Cabe preguntarse si titulares de la libertad de empresa han de ser sólo los empresarios con afán de lucro o si cabe que el derecho fundamental proteja también a quien ejerce una actividad empresarial sin finalidad lucrativa, circunstancia en la que se encuentran las fundaciones o las sociedades cooperativas.

Es cierto que en la lógica de la economía capitalista está la búsqueda del beneficio²⁹. Pese a ello, buena parte de la doctrina mercantilista pone en duda que el ánimo de lucro sea un criterio definidor de la empresa³⁰ y, por tanto, no niega que las sociedades cooperativas y las fundaciones sean empresas mercantiles. Sin embargo, en una ocasión relevante, el Tribunal Constitucional ha declarado que «empresas privadas» son sólo las organizaciones que tienen *una finalidad de lucro* (STC 49/1988, fj 12)³¹. El pronunciamiento del Tribunal, entendido en sentido estricto, dejaría fuera del artículo 38 CE a las fundaciones y a las sociedades cooperativas (en general, al llamado tercer

sociedad pública no constituye ejercicio de la autonomía privada. Es un acto administrativo que, como todos, necesita justificación en el interés general. Además, atribuirles la titularidad de derechos fundamentales sería una forma indirecta de atribuírsela a la propia Administración pública creadora de la sociedad» [PAZ-ARES, C. y ALFARO-AGUILA REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV; ob. cit., pág. 5997].

²⁹ Recuérdese que la *lógica* del capitalismo es la búsqueda del beneficio y que suprimir el derecho al beneficio es suprimir el capitalismo (vid. capítulo I, apartado 3.4.1.A).

³⁰ Véanse, por todos, una obra clásica: GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, tomo I (Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976), págs. 31 y ss.; y una obra moderna: PAZ ARES, C.: «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad»; en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (Civitas, 1999), págs. 431 a 435.

³¹ En contra, el voto particular del magistrado DIEZ-PICAZO: «el artículo 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualesquiera que sean las

sector), que, en todo caso, gozan de protección constitucional en otros lugares: las fundaciones, en el artículo 34 (como derecho fundamental y como instituto garantizado)³², y las sociedades cooperativas, en el artículo 129.2 (como mandato dirigido al legislador para que las fomente).

Mi tesis es que el beneficio económico es la lógica natural que anima la actividad empresarial en la economía de mercado, lo que, en términos jurídicos ha de traducirse en la protección "iusfundamental" del derecho al beneficio. Ahora bien, que exista derecho al beneficio no significa, ni que sea obligatorio perseguir la maximización del beneficio³³, ni que el beneficio económico sea el objetivo final particular de la actividad empresarial: el beneficio económico no tiene por qué ser —de hecho no lo es³⁴— el objetivo final particular de la actividad empresarial, sino un objetivo intermedio, al servicio de otros objetivos lícitos, cualesquiera sean estos. En consecuencia, una fundación o una sociedad cooperativa pueden ser titulares de la libertad de empresa, en tanto ejerzan una actividad empresarial, actividad que a su vez es factible que esté orientada a la obtención de beneficios económicos con los que satisfacer fines no lucrativos: *una cosa es el lucro y otra es el ánimo de lucro*.

características de esta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. En definitiva, se trata de que existan agentes económicos de carácter privado».

³² En el artículo 34 CE se protegen dos momentos distintos: por una parte, la creación de fundaciones, como derecho subjetivo fundamental; por otra parte, la fundación ya creada, como instituto garantizado. Sobre esta cuestión, vid. CIDONCHA MARTÍN, A.: *Derecho de fundación* (3.2.28), en *Derecho Constitucional III. Los derechos fundamentales. Parte especial* (www.iustel.com).

En honor a la verdad, la idea de fundación-empresa no ha sido negada por el Tribunal Constitucional, que tan sólo ha afirmado «que en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el artículo 34 de la Constitución (STC 49/1988, f.º 7).

³³ Recuérdese que, en la vida real, las empresas no siempre buscan estrictamente la posición del máximo beneficio (esto es, que su ingreso marginal sea igual a su coste marginal) —vid. capítulo I, nota 46—. Ahora bien, todas las empresas han de tender a alcanzar un equilibrio financiero, es decir, a cubrir gastos (lo que se llama beneficio ordinario): «El principio de economicidad, entendido en sentido objetivo, es lo verdaderamente consustancial a la empresa en un sistema de mercado. Sólo en la medida en que realmente alcancen ese objetivo tienen razón de existir estas organizaciones económicas» [GONDRA, J.M.: *ibidem*, pág. 497].

³⁴ Recuérdese también que, en el sistema capitalista, la búsqueda del beneficio es un objetivo instrumental al servicio de la acumulación de capital (vid. capítulo I, apartado 3.4.1.A).

En lo que respecta a las sociedades cooperativas, la legislación de desarrollo es clara a la hora de reconocerles la titularidad de la libertad de empresa. Así resulta de vigente *Ley de Sociedades Cooperativas* (Ley 27/1999), que define la sociedad cooperativa como «una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales» (art. 1.1 —el subrayado es mío³⁵; y que faculta a estas personas jurídicas para desarrollar «cualquier actividad económica lícita» (art. 1.2). En lo que respecta a las fundaciones, la vigente *Ley de Fundaciones* (Ley 50/2002), tras definir a estas como organizaciones sin fin de lucro (art. 2.1), abre la puerta para que ejerzan actividades económicas: por una parte, les permite desarrollar directamente «actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia» (art. 24.1); y, por otra parte, les permite participar como socias o partícipes en el capital social de «sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales» (art. 24.2), participación que la propia Ley admite que sea mayoritaria, debiendo en este caso dar cuenta de esta circunstancia al Protectorado (art. 24.2). Es decir, las fundaciones pueden directamente ser empresarios (fundaciones-empresas), en tanto se constituyan para ejercer actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales, e indirectamente, en tanto sean copropietarias de sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales³⁶.

³⁵ Como se ve, la actividad empresarial es un medio para conseguir un objetivo final, la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de los socios, entre las cuales están las económicas. En realidad, fuera de la función de servicio a sus socios, no hay diferencia entre la actuación de una empresa cooperativa y una empresa capitalista.

³⁶ Caso particular lo representan las Cajas de Ahorros, sobre cuya naturaleza jurídica se muestra terriblemente ambigua la STC 49/1988. En principio, no niega que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o que puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones, pero afirma que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar, ya que en ellas domina su condición de entidades de crédito

2.2. Dos cuestiones particulares sobre la titularidad de la libertad de empresa: extranjeros y empresa pública.

2.2.1. Los extranjeros y la libertad de empresa.

2.2.1.1. Los extranjeros en general.

La cuestión relativa al *status* constitucional de los extranjeros ha de responderse a la luz de la jurisprudencia constitucional, en particular, acudiendo a dos sentencias (SSTC 107/1984 y 115/1987) y una Declaración (la de 1 de julio de 1992); las sentencias posteriores no hacen sino confirmar la

(fj 10). Ello daría pie a pensar en que son fundaciones-empresa y titulares, por tanto, de la libertad de empresa. Sin embargo, en su afán por salvar la constitucionalidad de la determinación por los poderes públicos de su organización (que entiende que afecta a la libertad de empresa), la sentencia da una vuelta de tuerca y parece negar a las Cajas de Ahorro condición de titulares de la libertad de empresa, apelando a dos argumentos inconsistentes (en el fj 12): el *primero*, que en estas atípicas instituciones no es posible que tomen las decisiones los que asumen el riesgo de la gestión de la empresa, o sea, sus propietarios, puesto que por su naturaleza carece de propietarios, y tampoco parece coherente que la adopten quienes no asumen ese riesgo («no resulta por ello contrario al precepto constitucional invocado [el art. 38 CE] que los poderes públicos, a quienes corresponde velar por el interés general, establezcan con mayor o menor precisión la composición de los órganos rectores de las Cajas»); el *segundo*, que el artículo 38 CE se refiere a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, siendo así que las Cajas de Ahorros son entidades sin fin de lucro, lo que —dice el Tribunal Constitucional— ciertamente no responde al concepto tradicional de empresa.

En definitiva, para justificar el fuerte intervencionismo público en las Cajas de Ahorro, el Tribunal Constitucional fuerza el significado del artículo 38 de la Constitución, haciéndole decir, por una parte, que titulares de la libertad de empresa son los propietarios de la empresa y, por otra parte, que este derecho fundamental sólo es predicable de las organizaciones con ánimo de lucro. Ni la una ni la otra son afirmaciones sostenibles. La primera, porque, en puridad, titular de la libertad de empresa es la persona física o jurídica a la que se imputa la actividad empresarial: los propietarios del capital social son los miembros de la persona jurídica titular de la libertad de empresa, no los titulares de la libertad de empresa. La segunda, porque,

doctrina contenida en tales pronunciamientos. Esta conocida jurisprudencia parte de tres premisas y se asienta en una clasificación tripartita:

- La *primera premisa* es que el precepto constitucional clave para determinar la titularidad de derechos fundamentales por los extranjeros es el artículo 13 de la Constitución, y no los preceptos constitucionales que se ocupan de cada derecho en particular.

No es argumento suficiente para excluir a los extranjeros de la titularidad de un derecho fundamental el que el precepto constitucional concreto que lo regula se refiera sólo a los españoles. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en relación con las libertades de circulación y residencia, que el artículo 19 de la Constitución reconoce sólo a los españoles: «la dicción literal del artículo 19 es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la Constitución [...] y el apartado 2 de este artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE» (STC 94/1993, fj 2). En definitiva, tal como se dice tajantemente en la Declaración de 1 de junio de 1992, es el artículo 13 «el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los extranjeros» (fj 3 C).

- La *segunda premisa*, ya referida al artículo 13, es que la expresión “libertades públicas” del apartado 1 no ha de entenderse en sentido restrictivo, sino amplio, como comprensiva de todos los “derechos y libertades” del título I (STC 107/1984, fj 3). Así lo ha confirmado el legislador: el artículo 3.1 de la vigente Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 –artículo modificado por Ley Orgánica 8/2001) dispone que «los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución».

como ya se ha dicho, el ánimo de lucro, aún siendo lo normal, no define necesariamente la actividad empresarial.

Ahora bien, dentro del título I hay derechos fundamentales (en el capítulo II) y principios rectores de la política social y económica (en el capítulo III). El artículo 13.1 es predicable de los primeros, pero no de los segundos, por la sencilla razón de que estos últimos ni siquiera son derechos subjetivos para los propios españoles -la eficacia como derechos subjetivos de estos principios depende de las leyes que los desarrollen (artículo 53.3 de la Constitución)-. Todo está en manos del legislador: que el principio se convierta en derecho subjetivo, que extienda o no su titularidad a los extranjeros, y que -si extiende la titularidad a los extranjeros -establezca o no diferencias de trato entre españoles y extranjeros³⁷.

La *tercera premisa* es que la expresión “en los términos que establezcan los tratados y la ley” (apartado 1 del artículo 13) no significa que los derechos y libertades de los extranjeros nazcan de los tratados y la ley: son derechos constitucionales, protegidos por la Constitución; lo que significa es que son derechos constitucionales de configuración legal.

La STC 107/1984 es terminante al respecto: la previsión del artículo 13.1 CE no supone «que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley” de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal».

La *clasificación tripartita* es harto conocida y fue plasmada por primera vez en la STC 107/1984:

³⁷ Vid. SSTC 130/1995 (sobre la percepción de la prestación por desempleo ex art. 41 CE) y 95/2000 (sobre la asistencia sanitaria ex arts. 41 y 43 CE).

- En primer lugar, hay derechos fundamentales que corresponden tanto a españoles como a extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. La razón es que están inmediatamente vinculados a la dignidad humana; en palabras del Tribunal Constitucional, «son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, constituye el fundamento del orden político español» (STC 107/1984, fj 4).

El Tribunal Constitucional no ha dado una enumeración exhaustiva de estos derechos. En la sentencia 107/1984 incluye a título de ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica; en la sentencia 99/1985 incluye expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva; en la 115/1987 los derechos a la libertad personal (artículo 17), a la defensa (artículo 24.2 CE) y a no sufrir privación administrativa de libertad (artículo 25.3 CE); en la 116/1993, el principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE); y en la sentencia 95/2003, la asistencia jurídica gratuita (artículo 119 CE en relación con el artículo 24.1 CE).

Sobre cuál sea el criterio para determinar qué derechos están inmediatamente vinculados con la dignidad humana planea cierta incertidumbre. La STC 99/1985 parece apuntar un criterio, el que resulta de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, fuente interpretativa obligada de las normas sobre derechos fundamentales de la Constitución (art. 10.2 CE): si en esos tratados se reconoce un derecho “constitucional” a toda persona, sin atención a la nacionalidad, ha de interpretarse que pertenece a este primer grupo de derechos en relación con los extranjeros³⁸. El criterio no deja de ser un tanto absurdo, ya que los

³⁸ Uno de los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana «es el que “todas las personas tienen ... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y tribunales”, según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas ...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente

tratados internacionales sobre derechos humanos se hacen precisamente para extenderlos a todas las personas, con independencia de la nacionalidad, especialmente los tratados o acuerdos universales (como la Declaración de Derechos Humanos o los Pactos de 1966). Pero, además de absurdo, el criterio es incoherente con la propia doctrina del Tribunal Constitucional que, por ejemplo, ha considerado que no es derecho de este grupo el derecho de reunión y asociación (STC 115/1987), siendo así que en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos se incluye este derecho entre los que tiene "toda persona" (artículo 21). No basta que un derecho fundamental se incorpore a un tratado internacional sobre derechos humanos como perteneciente a "toda persona" para que se considere *ipso facto* derecho directamente vinculado a la dignidad humana y por tanto, predicable por igual de españoles y extranjeros.

- En segundo lugar, hay derechos fundamentales que pertenecerán o no a los extranjeros sólo si así lo disponen los tratados y las leyes y, en caso afirmativo, tales normas pueden (o no) introducir diferencias de trato entre españoles y extranjeros basadas en el dato de la nacionalidad. La razón es, obviamente, que, aunque tales derechos están vinculados a la dignidad humana –todos los derechos fundamentales lo están–, no están inmediatamente vinculados a ella.

Se trata, pues, de derechos fundamentales cuya extensión a los extranjeros está en manos del legislador (interno e internacional), en el *si* (si se atribuyen o no a los extranjeros) y en el *cómo* (en igualdad o no de condiciones con los españoles). No obstante, esta libertad no es absoluta, porque el legislador interno ha de respetar el contenido esencial del derecho cuando se lo reconoce a los extranjeros (STC 115/1987, ff. jj. 2 y 3)³⁹. Esto significa en la

al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a "toda persona" o a "todas las personas", sin atención a su nacionalidad. Por consiguiente, en el caso que examinamos, la nacionalidad alemana o española de quien nos pide amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo».

³⁹ Sobre esta base el Tribunal declaró la inconstitucionalidad tanto de la exigencia de autorización previa para ejercer el derecho de reunión por los extranjeros (vid. fj 2) como de la suspensión administrativa de asociaciones

práctica que, cuando el tratado o la ley han decidido atribuir a los extranjeros un derecho fundamental de este tipo, estos quedan equiparados a los españoles en la protección constitucional de su derecho frente al legislador, o lo que es lo mismo, en su protección como derechos *fundamentales*: el legislador puede establecer «condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros» (STC 115/1987, fj 3), pero no puede lesionar su contenido esencial, que es igual para españoles y extranjeros⁴⁰.

Sea como fuere, el Tribunal Constitucional ha incluido dentro de este grupo el derecho al trabajo (STC 107/1984, confirmada por STC 150/1994), los derechos de reunión y asociación (STC 115/87) y las libertades de circulación y residencia (SSTC 94 y 116/1993, 86/1996, 24/2000 y 169/2001). En realidad, en este grupo habrá que incluir a todos los no incluidos en los grupos 1 y 3.

- En tercer y último lugar, hay derechos fundamentales que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y que están atribuidos en exclusiva a los españoles, porque así lo establece el artículo 13 CE en su apartado 2: son los

promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros (vid. fj 3). Nótese que en relación con el derecho de reunión, el Tribunal habla expresamente de respeto a su "contenido esencial", mientras que en relación con el derecho de asociación se muestra más críptico y habla de respeto a su "contenido preceptivo" o "contenido expreso", lo que, en puridad, es algo distinto. No obstante, la doctrina ha interpretado la STC 115/1987 en el sentido de que se refiere al respeto al contenido esencial: vid., por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas» 35 *Revista Española de Derecho Constitucional* (mayo-agosto 1992), pág. 70; RUBIO LLORENTE, F.: «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», 75 *Claves de la Razón Práctica* (1997), pág. 9; y ARAGÓN REYES, M.: «¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?», 112 *Claves de la Razón Práctica* (2001), pág. 13.

⁴⁰ Dice RUBIO LLORENTE —creo que con razón— que esta doctrina «es sin duda generosa pero quizá no del todo consistente [...]». Parte de la idea correcta de que es la indisponibilidad para el legislador el criterio distintivo de los derechos fundamentales, pero pretende apoyar tal indisponibilidad, con olvido de lo dispuesto en el artículo 13.2 CE (sic —obviamente, quiere decir 13.1) en la misma noción de "contenido esencial" que la Constitución utiliza para asegurarla en relación con los españoles [...]. Más adecuado parece, como se propone en el voto particular suscrito por tres magistrados, basarla en el contenido mínimo que se deriva de los tratados internacionales, a los que la Constitución expresamente se remite y a los que [...] está sujeto el legislador. De hecho, el Tribunal parece caminar en esa dirección, teóricamente más sólida y prácticamente más realista», vid. RUBIO LLORENTE, *ibidem*, pag. 9.

derechos reconocidos en el artículo 23, con la salvedad de que los extranjeros sí pueden tener el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales si así lo disponen los tratados o las leyes, y en los términos establecidos en estas normas⁴¹.

Aún con toda la incertidumbre que rodea al criterio de vinculación inmediata a la dignidad humana, es sensato pensar que la libertad de empresa no está dentro de los derechos fundamentales del primer grupo. No creo que la libertad de empresa sea un derecho fundamental imprescindible para la garantía de la dignidad humana, tal como exige el Tribunal Constitucional para adscribirla al primer grupo; si se prefiere, no parece más vinculado a la dignidad humana que los derechos de reunión y asociación, que el Tribunal ha adscrito al segundo grupo. La libertad de empresa no es tanto una manifestación inmediata de la dignidad de la personas como del libre desarrollo de la personalidad (de la libertad a secas), también reconocida en el artículo 10.1 CE, pero "dignidad de la persona" y "libre desarrollo de la personalidad" son categorías diferentes y sólo la primera es tomada en cuenta por el Tribunal Constitucional a la hora de distinguir entre derechos fundamentales de los extranjeros.

La libertad de empresa está dentro de los derechos fundamentales que pertenecen o no a los extranjeros sólo si así lo disponen los tratados y las leyes. Por lo que hace a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, y dejando al margen a los ciudadanos comunitarios, lo cierto es que ninguno de ellos reconoce la libertad de empresa en su articulado: ni la Declaración Universal de Derechos Humanos (que sí reconoce el derecho de propiedad –artículo 17), ni los Pactos de 1966 ni el Convenio Europeo de

⁴¹ La consideración constitucional de los partidos políticos como instrumentos de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio constituye en un derecho que, garantizado por el artículo 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2), explica la legitimidad constitucional de la previsión del artículo 1 la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que limita a los españoles el derecho a crear partidos políticos; vid. STC 48/2003, fj 18.

Derechos Humanos (que también reconoce el derecho de propiedad en el Protocolo n.º 1). Por lo que hace a las leyes, tampoco la vigente Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, modificada por Leyes Orgánicas 8/2001 y 14/2003) dedica mención alguna a este derecho fundamental en su Título I (Derechos y Libertades de los extranjeros). No obstante, en su título II (Régimen Jurídico de lo Extranjeros) exige a los personas físicas extranjeras mayores de 16 años que deseen ejercer una actividad económica por cuenta propia (en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano) la obtención de un permiso de residencia y otro de trabajo, amén de cumplir los requisitos exigidos a los nacionales para ejercer la actividad proyectada (artículos 36 y 37).

La Ley Orgánica de Extranjería presupone la atribución de la titularidad de la libertad de empresa a los extranjeros, al menos a las personas físicas, en cuanto somete su ejercicio a un régimen diferenciado respecto de los españoles, respetuoso, por lo demás, con su contenido esencial. En lo que respecta a las personas jurídicas extranjeras, habrá que estar a las leyes que regulen los diversos sectores económicos para determinar si gozan o no de libertad de establecimiento en España y, en caso afirmativo, las condiciones de ese establecimiento. En todo caso, creo que del espíritu que impregna la Ley de Extranjería (artículo 3.1) se desprende que, si las leyes sectoriales guardan silencio al respecto, debe reconocerse a las personas jurídicas extranjeras libertad de establecimiento en España en igualdad de condiciones con los españoles⁴².

⁴² El artículo 15 del Código de Comercio dispone que los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero pueden ejercer el comercio con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación; todo ello sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás "potencias" (sic). El espíritu general es, pues, de extensión de la titularidad de la libertad de empresa a los extranjeros.

2.2.1.2. Los extranjeros comunitarios.⁴³

La atribución de la libertad de empresa a los extranjeros y las condiciones de esa atribución –si se produce- dependen de lo que dispongan los tratados o la ley. A este respecto, hay un grupo de extranjeros –los comunitarios- a quienes un tratado ratificado por España, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)⁴⁴ les equipara con los españoles en la titularidad y el ejercicio de la libertad de empresa. Esto es así como consecuencia de la inclusión, dentro de las libertades fundamentales del mercado interior, de la llamada libertad (o derecho) de establecimiento, regulada en el capítulo 2 (Derecho de establecimiento) del título III (Libre circulación de personas, servicios y capitales) de la Tercera Parte (Políticas de la Comunidad) del TCE⁴⁵. Ciertamente, las demás libertades fundamentales del mercado interior inciden en la posición de los poderes públicos españoles en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 38 CE: estos no pueden obstaculizar injustificadamente la circulación de objetos económicos (mercancías, servicios y capitales) resultado del ejercicio de la libertad de empresa fuera de nuestras fronteras (pero dentro de la fronteras comunitarias) por empresarios comunitarios; tampoco pueden obstaculizar injustificadamente la contratación de trabajadores comunitarios no españoles por parte de

⁴³ Para la redacción de este apartado me ha resultado especialmente útil la consulta de DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C.: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios* (Mc Graw Hill, 2001).

⁴⁴ El Tratado de la Unión Europea (TUE) no se ocupa de este asunto. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA) –que es *lex specialis* respecto del TCE- no dice nada su capítulo 9 (mercado común nuclear) respecto de la libertad de establecimiento, por lo que es aplicable el TCE –*lex generalis*- al ámbito de aplicación del TCEEA.

⁴⁵ En el Proyecto de Constitución Europea la “Libertad de establecimiento” se regula en la Subsección 2 de la SECCIÓN 2 (LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y SERVICIOS) del CAPÍTULO I (MERCADO INTERIOR) DEL TÍTULO III (DE LA ACCIÓN Y LAS POLÍTICAS INTERIORES): arts III-22 a III-28. No existe ninguna novedad material respecto de la regulación actual, con la única excepción del artículo III-28, que extiende a la igualdad de trato a la participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el artículo III-27 (actual artículo 48).

A la referencia a los preceptos actualmente vigentes se acompañará una referencia a los preceptos homólogos del proyecto de Constitución europea.

empresarios radicados en España⁴⁶. Pero la incidencia directa sobre la titularidad de la libertad de empresa se produce con la "libertad de establecimiento", cuyo reconocimiento y garantía por el TCE determina la extensión de la titularidad de la libertad de empresa a los extranjeros comunitarios en igualdad de condiciones con los españoles.

Dentro de la disposiciones del TCE sobre "libertad de establecimiento" se distinguen las que imponen obligaciones (o autorizan derogaciones) a los Estados y reconocen derechos a los particulares (medidas de integración negativa) –artículos 43 (III-22), 45 (III-24), 46 (III-25) y 48 (III-27)- y las que atribuyen a las instituciones comunitarias competencias para la adopción de medidas dirigidas al logro aquella libertad (medidas de integración positiva) – artículos 44 (III-23) y 47 (III-26). Aquí interesan las del primer grupo, especialmente la disposición del artículo 43, al que el TJCE ha reconocido eficacia directa (STJCE de 21-6-74, *as. Reyners*, 2/74):

A. *Titulares* de la libertad de establecimiento son, desde luego, las personas físicas que sean nacionales de un Estado miembro, pero también las personas jurídicas en las que concurren las condiciones del artículo 48 (III-27), a saber: las «sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad», entendiéndose por sociedades «las sociedades de Derecho Civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

Por tanto, se encuentran dentro del ámbito de aplicación personal de la libertad de establecimiento todo tipo de personas jurídicas, incluidas las públicas, que en nuestra Constitución no ejercen libertad de empresa *ex*

⁴⁶ En relación con las implicaciones que las libertades fundamentales del mercado interior tienen para los poderes públicos españoles, me remito a lo dicho en el apartado 3.2 del capítulo IV.

artículo 38, sino iniciativa económica pública ex artículo 128.2. Quedan fuera, eso sí, las personas jurídicas que no persigan fines lucrativos, lo que excluye de la libertad de establecimiento al llamado “tercer sector”, el integrado por organizaciones privadas creadas voluntariamente y sin ánimo de lucro para desarrollar actividades de interés general. Respecto del “tercer sector” no opera la libertad de establecimiento y, por tanto, el legislador español tiene plena libertad para equiparar o no a los extranjeros comunitarios con los españoles. En sede constitucional, ello tiene trascendencia en punto a las fundaciones, ya que nuestra Constitución reconoce el derecho de fundación para fines de interés general (artículo 34 CE); como se ve, el TCE no garantiza la libertad de constitución de fundaciones por extranjeros comunitarios⁴⁷.

B. El *contenido* de la libertad de establecimiento puede analizarse en positivo y en negativo, siguiendo el tenor literal del artículo 43 TCE:

B.1. En *positivo* –como derecho de los particulares– comprende para todo nacional de un Estado miembro «el acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas ... en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios

⁴⁷ La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE de 27-XII-2002; corr. err., BOE de 17-IV-2003), no distingue, a efectos de constitución, entre españoles y extranjeros, por lo que nada obsta, en principio, para que personas físicas o jurídicas extranjeras puedan constituir fundaciones en España, que serán “españolas” en cuanto constituidas en España. Otra cosa es si fundaciones “extranjeras”, esto es, constituidas en el extranjero, pueden operar en España en igualdad de condiciones con las fundaciones “españolas”: a este respecto, el artículo 7 de la Ley exige a las fundaciones “extranjeras” que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en territorio español el cumplimiento de dos requisitos: que dispongan de una delegación en territorio español y que se inscriban en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades. Como se ve, la exigencia de disponer de una delegación implica que las fundaciones “extranjeras” sólo pueden actuar en nuestro país con carácter secundario, y no principal.

nacionales» (párrafo segundo). También comprende, obviamente, el derecho de entrada y permanencia en el territorio del Estado de acogida⁴⁸.

El contenido de la libertad de establecimiento del TCE es más amplio que el de la libertad de empresa de la CE, porque aquél incluye el "acceso a" y "el ejercicio de" todo tipo de actividades económicas por cuenta propia, incluidas las actividades no empresariales; tratándose de estas últimas, abarca tanto la creación de empresas (libertad de establecimiento principal) como la apertura de agencias, sucursales o filiales (libertad de establecimiento secundario). Ahora bien, la libertad de establecimiento se refiere a actividades económicas no asalariadas de carácter permanente, no a la realización de actividades temporales⁴⁹, estas últimas protegidas por la libre prestación de servicios. La consecuencia de la aplicación de una u otra libertad es importante: de aplicarse la libertad de establecimiento, el titular de la misma está sometido completamente a la normativa del país de establecimiento, dado el carácter duradero de la actividad, cosa que no sucede en caso de aplicarse la libertad de prestación de servicios⁵⁰.

⁴⁸ Vid. *Directivas 173/148* (DO L 172, de 28-6-73), *75/34* (DO L 14, de 20-1-75) y *90/365* (DO L 180, de 13-7-365), todas ellas en trance de derogación: vid. *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (Diario Oficial n° C 270 E de 25/09/2001), modificada por la Comisión [*Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE) /^a COM/2003/0199 final - COD 2001/0111 *].

⁴⁹ El carácter temporal de las actividades «debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad» y, por otra parte, no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios se provea, en el Estado miembro de acogida, de cierta infraestructura –incluida una oficina, despacho o estudio– en la medida en que la misma sea necesaria para realizar la referida prestación (STJCE de 30-11-95, as. *Gebhard*, C-55/94).

⁵⁰ El TJCE ha dicho que un Estado miembro no puede subordinar la ejecución de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todos los requisitos exigidos para un establecimiento, so pena de privar de toda eficacia a las disposiciones destinadas a garantizar la libre prestación de servicios (STJCE de 26-2-91, as. *Comisión vs. Italia*, C-180/89).

B.2. En *negativo* –como obligación impuesta a los Estados- la libertad de establecimiento supone la prohibición de «las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro», así como de las «restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro» (párrafo primero).

Del tenor literal de este párrafo, del artículo 12 TCE y de la jurisprudencia del TJCE resulta una doble prohibición impuesta a los Estados miembros: por una parte, la prohibición de discriminar entre nacionales y extranjeros comunitarios en el acceso y en el ejercicio de actividades económicas por cuenta propia y, por otra parte, la prohibición de obstaculizar injustificadamente el acceso de extranjeros comunitarios a actividades económicas por cuenta propia con medidas indistintamente aplicables a nacionales y extranjeros comunitarios. Sobre esto ya se ha tratado⁵¹, pero conviene recalcarlo en relación con el derecho fundamental a la libertad de empresa. En particular, el legislador, al regular el ejercicio de la libertad de empresa y, en general, al regular la actividad económica en un ámbito económico determinado, ni puede discriminar a los extranjeros comunitarios frente a los españoles, ni puede restringir el acceso de aquellos al mercado español injustificadamente, aunque la regulación no sea discriminatoria.

En puridad, sólo la exigencia de *igualdad* de tratamiento cabe ubicarla directamente en sede de titularidad de la libertad de empresa; la exigencia de *libertad* (de libertad de establecimiento) habrá que introducirla al analizar el contenido de la libertad de empresa, como límite comunitario que añadir al límite constitucional interno del respeto al "contenido esencial" de los derechos fundamentales. Respecto de la exigencia de igualdad, conviene advertir que no es una exigencia absoluta, ni desde la perspectiva comunitaria ni desde la perspectiva interna: desde la perspectiva comunitaria, porque la prohibición de discriminación está condicionada a que no exista una razón objetiva que la

⁵¹ Vid. apartado 3.2 del capítulo IV.

justifique (STJCE de 7-7-76, as. *Watson*, 118/75)⁵²; desde la perspectiva interna, porque, respetando su contenido esencial, nuestro Tribunal Constitucional permite que el legislador introduzca "condicionamientos adicionales" al ejercicio de la libertad de empresa por los extranjeros comunitarios (la igualdad no es estricta paridad)⁵³. Obviamente, en caso de conflicto entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno "infraconstitucional", prevalecerá el primero sobre el segundo.

C. La libertad de establecimiento admite *excepciones* por razones explicitadas en el TCE. Este declara no aplicables las disposiciones sobre libertad de establecimiento a las actividades que, en cada Estado miembro, «estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el *ejercicio del poder público*» (art. 45 TCE -la cursiva es mía-)⁵⁴, y no prejuzga «la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas *por razones de orden público, seguridad y salud públicas*» (art. 46 TCE -la cursiva

⁵² Es más, según jurisprudencia reiterada no es contraria al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad ex art. 12 TCE la aplicación de una normativa nacional por el solo hecho de que otros Estados miembros apliquen disposiciones menos rigurosas (vid, por ejemplo, STJCE de 10-2-2000, as. *Telekom*, C-50/96).

⁵³ Como puede ser la exigencia de una tarjeta de residencia para poder residir en España a efectos de ejercer una actividad por cuenta propia o ajena (hoy suprimido). Este requisito no puede, en ningún caso, tener valor constitutivo, sino puramente declarativo (vid. STJCE de 12-5-98, as. *Martínez Sala*, C-85/96).

⁵⁴ El precepto permite que sea el propio Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, el que excluya determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones sobre libertad de establecimiento. En el proyecto de Constitución Europea estas exclusiones se articularán mediante "leyes" o "leyes marco" (art. III.24).

Por lo demás, el TJCE exige que la relación con el ejercicio del poder de la actividad de que se trate sea «directa y específica» y rechaza que una profesión entera pueda quedar excluida de la libertad de establecimiento por el hecho de que una de las actividades que le sean propias, separable de las demás actividades que integran el contenido de dicha profesión, esté relacionada con el ejercicio del poder público, de manera que la exclusión ha de constreñirse a esa actividad concreta (STJCE de 21-6-74, as. *Reyners*, 2/74).

es mía-)⁵⁵. Repárese en la distinta naturaleza de las excepciones: en el primer caso estamos ante una exclusión de la aplicación del Tratado, mientras que el segundo estamos ante una posibilidad de limitar o excepcionar la aplicación del Tratado por las razones señaladas.

Por lo demás, las excepciones han de ser interpretadas restrictivamente: como ha dicho el TJCE, su alcance ha de limitarse «a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros» (STJCE de 15-3-88, as. *Frontistiria*, 147/86). Y, como ya se ha dicho, la aplicabilidad de estas excepciones está condicionada a que una medida nacional esté prohibida ex artículo 43 TCE, esto es, a que sea discriminatoria o a que, no siendo discriminatoria, obstaculice injustificadamente la libertad de establecimiento (en los términos de la jurisprudencia *Dassonville-Cassis de Dijon-Keck*).

En resumidas cuentas, los extranjeros comunitarios son titulares de libertad de empresa y, además, en las mismas condiciones que los españoles, con las matizaciones que se acaban de hacer. Así resulta de la garantía de la libertad de establecimiento que establece el Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Este es el Tratado que fija los “términos” en los que los extranjeros comunitarios gozan en España de la libertad de empresa (art. 13.1 CE).

No se puede ignorar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada al proyecto de Constitución Europea (parte segunda), reconoce expresamente «la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (artículo II-16); en este punto la Carta no ha hecho sino poner por escrito lo que ya

⁵⁵ Esta excepción está prevista también en sede de “libre circulación de trabajadores” (art. 39.3 TCE). Directamente conectada a las razones de seguridad pública está la excepción prevista en el artículo 296.1.d) TCE, que permite a todo Estado miembro «adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra».

reconocía el TJCE como principio general del Derecho Comunitario, desde los años 70 del pasado siglo⁵⁶. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan –la extensión subjetiva de la libertad de empresa de la Constitución a los extranjeros comunitarios- ese reconocimiento no añade nada significativo. En efecto, la incorporación de la libertad de empresa al Derecho Comunitario primario –ahora el no escrito (como principio general), en el futuro al escrito (artículo II-16 de la Constitución Europea)- lo único que supone es que esta libertad, que está reconocida en el ordenamiento interno español al máximo nivel, también lo está en el ordenamiento comunitario y, por tanto, vincula a las instituciones comunitarias (y a los Estados miembros en cuanto –y sólo en cuanto- aplicadores del Derecho Comunitario)⁵⁷; esto es, no supone la extensión subjetiva de la libertad de empresa del artículo 38 de la CE a los extranjeros comunitarios frente al Estado español y con arreglo al Derecho español, sino la extensión subjetiva de la libertad de empresa a los ciudadanos comunitarios frente a las instituciones comunitarias (y frente a quienes apliquen el Derecho Comunitario) y con arreglo al Derecho Comunitario⁵⁸. En definitiva, la atribución de la titularidad del derecho fundamental a los extranjeros ex artículo 13.1 CE no se produce a través del reconocimiento

⁵⁶ Vid. SSTJCE de 17-12-1970 (as. *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70), de 14-5-1974 (as. *Nold*, 4/73) y –sobre todo- de 13-12-1979 (as. *Hauer*, 44/79). Con posterioridad, merecen citarse las SSTJCE de 13-11-1990 (as. *FEDESA*, C-331/88), de 5-10-1994 (as. *Alemania vs. Consejo*, C-280/1993) y de 12-11-1996 (as. *Reino Unido vs. Consejo*, C-84/94).

⁵⁷ Véase el artículo II-51 (Ámbito de aplicación) del proyecto de Constitución, en cuyo apartado 1 se dice: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, organismos y agencias de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente en cuanto apliquen el Derecho Comunitario».

⁵⁸ No obstante, el reconocimiento de la libertad de empresa –actualmente como principio general del Derecho Comunitario y en el futuro como derecho fundamental de la Constitución Europea- sí tiene relevancia sobre la interpretación del contenido del derecho fundamental del artículo 38 de la Constitución. En la situación actual –libertad de empresa como principio general del Derecho Comunitario- hay que tener presente la obligación que tienen todos los órganos del Estado (especialmente los jueces) de interpretar el Derecho Nacional a la luz de la letra y finalidad del Derecho Comunitario, dentro del cual se incluyen los principios generales del mismo, que son Derecho primario (vid., por todas, la sentencia más reciente: STJCE de 7-1-2004, asunto C-60/02, ap. 59). Cuando se apruebe la Constitución europea, en la medida en que parte del tratado constitucional será un tratado sobre derechos humanos (la parte segunda), habrá que tener en cuenta el artículo 10.2 CE, que obligará a

comunitario de la libertad de empresa, sino a través del reconocimiento comunitario de la libertad de establecimiento.

2.2.2. La empresa pública.

Como ya se ha dicho⁵⁹, en el primer inciso del apartado 2 del artículo 128 de la Constitución se contiene una habilitación al Estado (los poderes públicos) para intervenir en la economía como actor (no como regulador o planificador), pero *sin sustracción de la actividad económica a los particulares*⁶⁰. La disposición corre paralela a la del artículo 38 CE: si en este artículo se reconoce a los particulares como empresarios, en el inciso primero del 128.2 CE se reconoce a los poderes públicos la posibilidad de ser también empresarios. En definitiva, esta disposición permite fundamentar normas infraconstitucionales de creación de "empresas" públicas en el marco de la economía de mercado, esto es, en concurrencia con las "empresas" privadas creadas por los particulares.

Desde la perspectiva constitucional, tres son las cuestiones que plantea la empresa pública⁶¹: la identificación de la empresa pública, su posible

interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con esa parte segunda y con la doctrina del TJCE al respecto.

⁵⁹ Vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.1.1.2., C.1).

⁶⁰ Como dice DE LA QUADRA-SALCEDO, «debe distinguirse entre el supuesto a que se refiere el inciso primero del número 2.º del artículo 128 de la Constitución y el segundo inciso del mismo número. En efecto, en este último se hace referencia a la posibilidad de reservar, mediante Ley, recursos o servicios esenciales; de ello se sigue que el primer inciso no comporta, en ningún caso, esa reserva de actividad. En definitiva, esa reserva de servicios esenciales. Lo que en el primer inciso se contempla es, sin más, la libre iniciativa de los poderes públicos que no implica sustracción de la actividad misma a los particulares. Por tanto, se trata de una actividad que lícitamente pueden desarrollar los poderes públicos en concurrencia con los particulares» [DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Artículo 128»; en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo X, ob. cit., pág. 57.

⁶¹ Conservo la denominación tradicional para nombrar al fenómeno que estudiamos, aunque, en puridad, cuando la doctrina y la jurisprudencia aluden a la "empresa pública" se están refiriendo al "empresario público", al titular de la iniciativa

justificación y sus límites (constitucionales y comunitarios). Cada una de ellas se aborda someramente:

A. La identificación de la empresa pública.

Desde la perspectiva constitucional, tiene una evidente importancia determinar el concepto de empresa pública, porque de esta determinación depende el que un empresario se adscriba al ámbito del artículo 38 CE o al del artículo 128.2, primer inciso, esto es, que sea empresario privado y, por tanto, titular la libertad de empresa o, por el contrario, que sea empresario público y, por tanto, no titular de ese derecho fundamental. Mi tesis es que la Constitución defiere al legislador la determinación de lo que sea empresa pública, aunque, obviamente, la deferencia tiene el límite de respetar la propia Constitución. En particular, el legislador, ni puede hacer una determinación carente de lógica (porque lo prohíbe la regla de "interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" –art. 9.3 CE), ni puede hacer una determinación tan omnicompreensiva que deje sin espacio a la empresa privada (porque lo prohíbe la regla del respeto al contenido esencial de la libertad de empresa – art. 53.1 CE).

¿Qué ha hecho el legislador? Durante mucho tiempo, no hemos tenido una normativa general que estructure esta figura⁶², a lo que se ha añadido la descentralización territorial del Estado, que ha hecho surgir hasta tres

económica empresarial pública. La alusión a la empresa pública en sentido subjetivo es una metonimia y, por tanto, no se debe tomar al pie de la letra.

⁶² Hasta la aparición de la *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado* (BOE de 14-IV-1997), –la LOFAGE–, la ordenación del sector público estatal estaba regulada en la Ley de Patrimonio del Estado de 1954, en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y, por último, en la Ley General Presupuestaria de 1988. La LOFAGE reorganiza la Administración General del Estado y, con ello, su sector público; a tal efecto, deroga la primera de estas leyes y los artículos 4 y 6.1 b) y 5 de la Ley Presupuestaria de 1988. Con la LOFAGE se distingue entre organismos públicos (título III) y sociedades mercantiles estatales (Disposición Adicional 12.ª) y, dentro de los organismos públicos, entre organismos autónomos (regidos por el Derecho Administrativo) y entidades públicas empresariales (regidas por el Derecho Privado).

normativas distintas (la estatal, la autonómica y la local⁶³). Afortunadamente, en la actualidad existe una determinación legal unitaria de la empresa pública, al menos de la empresa pública estatal, la que lleva a cabo la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas* (BOE de 4-11-2003). Esta Ley se ocupa en su título VI del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado; y, en su artículo 166 (ámbito de aplicación), declara aplicable ese título a determinadas entidades que, obviamente, son las empresas de la Administración General del Estado, a saber: las entidades públicas empresariales del capítulo III del título III de la LOFAGE⁶⁴; las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado; las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público estatal⁶⁵, sea superior al 50 por ciento; y, por último, las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

La apelación al artículo 4 la Ley del Mercado de Valores significa que son empresas públicas las sociedades mercantiles no estatales en las que la Administración General del Estado o sus organismos públicos, aún teniendo una participación en su capital social minoritaria (no superior al 50 por ciento),

⁶³ Véase el artículo 85 de la LBRL, que distingue dos formas de gestión de los servicios públicos locales: la gestión directa –bien por la propia entidad local, bien a través de organismo autónomo local, bien a través de sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local- y la indirecta –mediante concesión, gestión interesada, arrendamiento o sociedad mercantil y cooperativa participada parcialmente por la entidad local-.

⁶⁴ Las entidades públicas empresariales son organismo públicos que se rigen por el Derecho Privado y a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53 LOFAGE).

⁶⁵ El sector público estatal lo integran las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la vigente Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de Noviembre –BOE de 27-XI-2003).

ejercen un control efectivo, directa o indirectamente⁶⁶. Este criterio del “control efectivo” es el empleado en la legislación del mercado de valores para determinar la existencia de los grupos de empresas —en las que hay una unidad de decisión— y, a la postre, es el empleado por el Derecho Comunitario Derivado para definir la empresa pública, a efectos de aplicación del actual artículo 86 TCE (III-55): el artículo 2 de la *Directiva 80/723/CEE, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas*, modificada por la *Directiva 2000/52/CE* (DO L 193 de 29/07/2000) define precisamente la empresa pública, a efectos comunitarios, como «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»⁶⁷.

Creo que de la legislación estatal, iluminada por la legislación comunitaria, se puede extraer un concepto legal de empresa pública, construido sobre tres elementos⁶⁸: primero, una *organización dotada de personalidad jurídica propia, diferenciada de la Administración*, lo que excluye de la noción de empresa pública a los órganos de la Administración sin personalidad jurídica que llevan a cabo una actividad económica⁶⁹; segundo, la *prestación de una actividad*

⁶⁶ Conforme al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, se entiende, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) que la entidad dominante disponga de la **mayoría de los derechos de voto** de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; b) que la entidad dominante tenga **derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno** de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; c) que al menos **la mitad más uno de los consejeros** de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

⁶⁷ El apartado 2 de ese artículo dispone que se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: a) posean la mayoría del capital social suscrito por la empresa; b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

⁶⁸ En parecidos términos, TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, ob. cit., pág. 41.

⁶⁹ El TJCE defiende, por el contrario, una concepción funcional y no organicista de “empresa pública”. Así en STJCE de 16-6-1987 (As. *Comisión vs. Italia*, 118/85)

económica en régimen de Derecho Privado, lo que excluye tanto a aquellas organizaciones que desarrollan sólo accidentalmente actividades económicas como a las que desarrollan sus tareas en régimen de Derecho Público (con poder de *imperium*)⁷⁰; y tercero, el *control efectivo de la organización por el poder público (la Administración)*, control acreditado por la participación mayoritaria en el capital social o por cualquier otra forma que permita ejercer un influencia decisiva y dominante sobre la organización⁷¹. En resumen, una empresa pública es *una organización dotada de personalidad jurídica propia, que ejerce principalmente actividades económicas en y para el mercado y que está bajo el control efectivo de los poderes públicos*. De esta organización no es predicable la libertad de empresa del artículo 38 CE, y sí la iniciativa económica pública del primer inciso del apartado 2 del artículo 128 CE.

B. La justificación constitucional de la empresa pública: de la subsidiariedad al interés general.

Sabido es que, durante el régimen franquista, el principio que rigió la actividad empresarial del Estado fue la famosa subsidiariedad: la iniciativa pública sólo estaba legitimada allí donde hubiera una necesidad que no pudiera satisfacer la iniciativa privada. Se trataba de un principio proclamado

ha dicho que, a efectos de aplicar la *Directiva 80/723/CEE*, la existencia o no de una personalidad jurídica distinta del Estado es irrelevante para decidir si un órgano puede considerarse como una empresa pública: cualquier órgano de la Administración que desarrolle una actividad económica es susceptible de ser calificado de empresa pública. Esta amplia concepción es comprensible, ya que persigue asegurar el cumplimiento de las normas de competencia (en particular las normas sobre ayudas públicas) por los Estados, que serían fácilmente sorteables por estos sin más que ejercer directamente actividades económicas.

⁷⁰ Es el caso de los organismos autónomos regulados en el capítulo II del título III de la LOFAGE: estos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (art. 45.1).

⁷¹ Precisamente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, en el que se aprobó el Plan de Modernización del Sector Público Estatal y de Privatizaciones, define la privatización como «la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trate».

en las Leyes Fundamentales⁷², pero no siempre cumplido: hasta el Plan de Estabilización de 1959 fue ignorado⁷³, desde entonces hasta 1969 fue más o menos cumplido⁷⁴ y desde 1969, «al perder protagonismo y fuerza en el Gobierno los grandes defensores del principio de subsidiariedad», esté no se abandonó pero se adoptó una «política decididamente favorecedora de la empresa pública»⁷⁵. Valgan, por certeras, las palabras de SERRA REXACH: «En conclusión, pues, durante el régimen franquista y bajo el frontispicio del principio de subsidiariedad, se operó con la discrecionalidad y la inseguridad típica de los regímenes totalitarios que contradicen sistemáticamente en la práctica los mandatos normativos promulgados por ellos cuando éstos no favorecen o coartan sus propósitos»⁷⁶.

⁷² La declaración XI-4.º del *Fuero del Trabajo* decía que «en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación». Por su parte, el décimo de los *Principios del Movimiento Nacional* disponía que «la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado».

⁷³ Recuerda FERNÁNDEZ FARRERES que las declaraciones contenidas en esas dos Leyes Fundamentales «no desplegaron virtualidad jurídica alguna durante todo el período de autarquía económica que se alargó hasta finales de los años cincuenta y que impuso un marcado intervencionismo ante la necesidad de recuperar e impulsar la economía nacional» [FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)* (Civitas, 2003), pág. 169].

⁷⁴ El inicio de una nueva etapa económica impulsó la subsidiariedad, lo que se concretó normativamente en el *Decreto de Directrices y Medidas Preliminares del Plan de Desarrollo de 23 de noviembre de 1962* y, sobre todo, la *Ley 194/1963, de 28 de diciembre, del Plan de Desarrollo Económico y Social*: con arreglo a ésta, la creación de empresas públicas o la ampliación de su actividad sólo podía llevarse a cabo si previamente se constataba la insuficiencia de la iniciativa privada, si fuese conveniente impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia o si concurriesen imperativos de la defensa o de alto interés nacional. Sin embargo, recuerda también FERNÁNDEZ FARRERES que la discrecionalidad nunca desapareció, de manera que «el alto interés nacional, desde finales de los años sesenta, sería ampliamente interpretado por la Administración, marginando casi por completo por el procedimiento para constatar la insuficiencia de la iniciativa privada» (*ibidem*, pág. 170).

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 171.

⁷⁶ SERRA REXACH, E.: «La empresa pública en la Constitución»; en VV.AA.: *La empresa pública española* (Instituto de Estudios Fiscales, 1980), pág. 97.

La Constitución rompe con el principio de subsidiariedad: esta es la opinión generalizada de la doctrina⁷⁷ -con alguna excepción significativa⁷⁸- y también la del Tribunal Supremo⁷⁹. En rigor, del primer inciso del apartado 1 del artículo

⁷⁷ Vid. la relación de autores citados por FERNÁNDEZ FARRERES en el trabajo arriba citado. A esta relación hay que añadir a MUÑOZ MACHADO, que, muy recientemente -en 2003-, ha dicho con rotundidad: «En verdad, ni en el ordenamiento comunitario ni en el Derecho interno existe prohibición alguna para la creación o el mantenimiento de empresas públicas. *Ni siquiera la iniciativa pública en materia económica está sometida al principio de subsidiariedad respecto de la empresa privada*, como lo estuvo en algún periodo de la historia española anterior a la Constitución de 1978» [MUÑOZ MACHADO, S.: «Los límites constitucionales de la libertad de empresa»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, ob. cit., pág. 142 -la cursiva es mía]. Ello es coherente con lo que afirmó en 1980 [vid. GARCIA DE ENTERRÍA, E. (coord.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española* (Instituto de Estudios Fiscales, 1980), págs. 333-334], pero contrasta con lo que dijo en 1998: partiendo de la base de que la reserva ex art. 128.2 no supone necesariamente la asunción de la titularidad del servicio por el Estado (y que, por tanto, cabe reserva sin exclusividad del servicio, esto es, en concurrencia con la iniciativa privada), concluyó que «cuando el servicio no es esencial, *la Constitución impone que el sector público adopte una posición de subsidiariedad respecto de la libertad de empresa*»; [MUÑOZ MACHADO: *Servicio Público y Mercado*, tomo I (*Los fundamentos*) (Civitas, 1998), pág. 117 -el subrayado es mío]. Este contraste lo pone de relieve FERNÁNDEZ FARRERES, curiosamente en la misma obra colectiva -el homenaje a S. MARTÍN-RETORTILLO- en la que el propio MUÑOZ MACHADO escribe para desdecirse de la subsidiariedad.

⁷⁸ La que representa, por ejemplo, ARIÑO ORTIZ, que reconduce la “subsidiariedad de la iniciativa pública” a la idea de “excepción a la regla general” de la iniciativa privada, excepción justificada por razones de interés general. Con el tiempo, como sabemos, ha admitido que existe un amplio margen de apreciación a la hora de determinar ese interés general que justifica la excepcional intervención pública: vid. capítulo IV, apartado 1, nota 2. En esta línea se mueve también LAGUNA DE PAZ, J.C.: «La empresa pública se justifica -no en sí misma- sino en la prosecución del interés general y, más en concreto, en el servicio a los múltiples objetivos y responsabilidades que la Constitución asigna a los Poderes Públicos. Por tanto, si no es éste el caso, o si estos fines están ya suficientemente atendidos por la iniciativa privada, desaparece la fundamentación causal de la iniciativa pública. Desde estos presupuestos resulta muy difícil justificar una intervención pública cuando la iniciativa privada actúa con suficiencia» [LAGUNA DE PAZ, J.C.: «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades»; en PEREZ MORENO, A. (coord.): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo* (Civitas, 1994), pág. 1202.

⁷⁹ En la STS de 10-10-1989 (Ar. 7352): «El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada, pero el art. 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos de producción, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema

128 no se deriva subsidiariedad alguna: la norma habilita o permite la creación de empresas públicas sin más. Tampoco del resto del articulado puede deducirse el principio; no, desde luego, del artículo 38, cuando reconoce la libertad de empresa, porque ésta puede –en su caso- suponer un límite al despliegue irrestricto de la empresa pública, pero no exige que las empresas públicas se constituyan sólo cuando falle la iniciativa privada; una y otra – iniciativa pública e iniciativa privada- coexisten en régimen de igualdad en el marco de la economía de mercado. En fin, el enunciado permisivo que contiene el primer inciso del apartado 1 del artículo 128 (“se permite la iniciativa económica pública” a secas) no tiene nada de superfluo si lo analizamos desde una perspectiva histórica: si se considera que en el régimen anterior al de la Constitución de 1978 estaba prohibida la creación de empresas públicas por razones distintas de la insuficiencia de la iniciativa privada, la norma constitucional cambia las cosas y elimina esa prohibición; pero si se considera que en ese régimen no estaba claro si estaba permitida o no la creación de empresas públicas por razones distintas de la insuficiencia de la iniciativa privada, la norma constitucional es útil porque aclara las dudas y ofrece seguridad jurídica a sus destinatarios, que son los poderes públicos. Desde la aprobación de la Constitución de 1978, *la subsidiariedad es una posibilidad, pero no una obligación constitucional.*

También es opinión doctrinal dominante (al menos en la doctrina administrativista) la de que la creación de empresas públicas ha de estar justificada en una razón de interés general, según se deriva de la conexión del artículo 128.2, primer inciso CE con el artículo 103.1 CE; precepto este último que fija como directriz de actuación de las Administraciones públicas el servicio objetivo a los intereses generales. Como dice BASSOLS COMA (por citar una obra menos reciente): «mientras que el artículo 38 reconoce la iniciativa y libertad económica de los particulares, siendo indiferente [sic] para el orden

de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y que únicamente admitía la pública ante la inexistencia o insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional» (FJ 2) (el subrayado es mío).

constitucional, dentro del ámbito de lo lícito, las motivaciones y los objetivos perseguidos, para los sujetos públicos todas las actuaciones, tanto las que se ejercen por vía de autoridad como empresarialmente, deben estar justificadas en función de los intereses públicos concurrentes (artículo 103 de la Constitución)»⁸⁰. O como dice DE LA QUADRA-SALCEDO (por citar una obra más reciente): la transcripción del artículo 103.1 CE «pone de relieve que la intervención de los poderes públicos y de sus Administraciones está siempre vinculada a la satisfacción de intereses generales a los que debe servir. Si esto es así, lo es no sólo en relación con las funciones típicamente administrativas de los poderes públicos, sino también de [sic] aquellas funciones o decisiones de intervención en la vida económica que sólo pueden ser tomadas por razón de un interés general que las explica»⁸¹.

Esta es también la opinión del Tribunal Supremo: «mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales. [...] En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado» (STS de 10-10-1989, Ar. 7352, f. 3).

⁸⁰ BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, ob. cit., págs. 171-172.

⁸¹ DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Artículo 128»; en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo X; ob. cit., pág. 55.

Puede alegarse que los principios del artículo 103.1 CE son predicables de la actividad de administración pública en sentido estricto, pero no de la actividad económica de iniciativa pública, que la Constitución diferencia de la actividad anterior en el artículo 128.2, a la que es aplicable el Derecho propio de los particulares⁸². Aún admitiendo esto, no ofrece duda el que una cosa es la decisión de crear una empresa pública y otra es el ejercicio por esa empresa pública de una actividad económica privada: lo primero es una actividad pública que, por tanto, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 103.1 CE, lo segundo es una actividad de mercado, y, por tanto, regida por el Derecho Privado⁸³.

Por lo demás, la exigencia de un interés general para justificar la creación de empresas públicas -que obviamente no procede para la creación de empresas privadas- no implica que la iniciativa económica privada deba ser la regla general y la iniciativa pública la excepción; implica tan sólo que una y otra se apoyan en títulos jurídicos diferentes, no homologables (la iniciativa económica privada, en una norma de derecho fundamental -artículo 38 CE-; la iniciativa pública, en una norma permisiva que amplía las posibilidades de actuación de los poderes públicos) pero sin que quepa establecer una

⁸² Esto es lo que cree PAREJO ALFONSO, para quien el artículo 128.2 CE «se agota en una directa habilitación al poder público, configuradora de su capacidad jurídica y de obrar, para desarrollar las mismas actividades de contenido económico que los sujetos ordinarios del Derecho y ajustándose al estatuto común de estos» [PAREJO ALFONSO, L.: «Organización y actividad en la Administración Pública»; en PAREJO ALFONSO: *Eficacia y Administración. Tres estudios* (MAP/BOE, 1995), pág. 35.

⁸³ Esto es lo que, paradójicamente, sostiene el propio PAREJO ALFONSO, que, en relación con las actividades que impliquen la creación y el mantenimiento de empresas, distingue, por una parte, la *posibilidad de* y la *decisión sobre* la iniciativa pública en la actividad económica y, por otra parte, el desarrollo mismo de la actividad empresarial. Lo primero, «en cuanto se trata de la asunción de una actividad por un poder público, se rige indudablemente por el estatuto de éste y, por tanto, por el Derecho público-administrativo». Lo segundo «se inscribe necesariamente en el mercado y, por tanto, se enmarca en una institución constitucional articuladora de las actividades de dicho carácter accesibles a y propias de los sujetos ordinarios» y «por esta razón, es decir, por las exigencias inherentes al mercado (libre competencia entre las actividades, exigente de la esencial igualdad de estas), el régimen jurídico de la actividad (cualquiera que sea la forma de organización) tiene que ser necesariamente el Derecho privado o común, como con toda claridad viene exigido por el Derecho comunitario-europeo» [*ibidem*, págs. 82 y 83].

prelación alguno entre ellos⁸⁴. Tampoco supone la vuelta de la subsidiariedad, como parece sugerir ROJO cuando dice que ese «límite *inmanente* de la iniciativa pública restringe la efectividad del principio [de coexistencia económica pública y privada], en la medida en que es difícil apreciar la existencia de un interés auténticamente “general” para la iniciativa pública cuando empresarios privados ofrecen una cobertura suficiente de un determinado sector»⁸⁵. En verdad, la subsidiariedad es una razón de interés general válidamente invocable para justificar la creación de empresas públicas, pero *no es la única razón de interés general que justifica la creación de empresas públicas*: como dice DE LA QUADRA-SALCEDO, «no sólo en ese supuesto está justificada la acción de los poderes públicos, también lo puede estar por razones de carácter estratégico ... por razones que tienen que ver con la promoción de determinadas zonas desfavorecidas, e incluso por razón de una actividad privada débil, inestable y con tendencia al monopolio»; en suma, «las razones por las cuales el Estado o los poderes públicos pueden intervenir en la vida económica no se reconducen necesariamente a la subsidiariedad en defecto de iniciativa privada, sino que pueden responder a motivaciones más amplias y diversas»⁸⁶.

C. Límites de la empresa pública.

⁸⁴ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho Administrativo Económico*, tomo I; ob. cit., pág. 96.

⁸⁵ ROJO, A.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española»; 169-170 *Revista Española de Derecho Mercantil*; ob. cit., pág. 320.

⁸⁶ DE LA QUADRA SALCEDO, T.: *Corporaciones locales y actividad económica* (Diputació de Barcelona/Marcial Pons, 1999). Entre los fines de interés general legitimadores de la creación de empresas públicas está (¿por qué no?) el puramente financiero, esto es, la obtención de beneficios para financiar al Estado; aquí el escollo constitucional lo constituye el hecho de que la Constitución parece otorgar un lugar preferente al tributo como fuente de obtención de ingresos con los que sostener los cargos públicos (artículo 31.1 CE); sobre esta cuestión, vid. BARQUERO ESTEVAN, J.M.: «La empresa pública con finalidad exclusivamente financiera»; en *La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho* (125 Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), págs. 61 y ss.

La decisión de crear una empresa pública está sujeta al límite –derivado de artículo 103.1 CE - de la justificación en una razón de interés general. A ese límite hay que añadir el que se deriva del artículo 31.2 CE, que exige de la programación y ejecución del gasto público responda a criterios de eficiencia y economicidad⁸⁷. El principio de economicidad no puede obviarse, ni en la creación ni en la gestión de una empresa pública: contravendría la Constitución la decisión de crear una empresa pública a sabiendas de que va a generar pérdidas, como también la contradiría una gestión decididamente antieconómica de la misma.

Pero lo que a nuestros efectos más interesa es saber si del artículo 38 CE, -cuando reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado- se deriva algún límite para la iniciativa económica pública. Desde luego, el marco –la economía de mercado- impone un límite constitucional evidente: la igualdad de condiciones (de ejercicio) con la iniciativa económica privada. Así lo entiende la doctrina⁸⁸ y así lo ha entendido también el Tribunal Supremo: como se ha indicado más arriba, la creación de empresas públicas está sujeta a una doble condición, la justificación en razones de interés general y la sumisión en su ejercicio «sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado» (STS de 10-10-1989, Ar. 7352, f. 3). La Constitución permite al Estado ejercer la

⁸⁷ En la misma línea, por ejemplo, BASSOLS COMA: «La economicidad de la gestión aparece constitucionalmente como un imperativo para la justificación y actuación de la empresa pública. A mayor abundamiento, el artículo 38 no sólo reconoce la libertad de empresa, sino que proclama que los poderes públicos "garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad", directriz que apunta a impedir una actuación económica pública sustitutoria irreflexiva y sin ponderación de las posibilidades de la iniciativa privada» [BASSOLS COMA: *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 172.

⁸⁸ Dice DE LA QUADRA SALCEDO, recordando a GALGANO, que «la superación del principio de subsidiariedad se ha hecho bajo la base de entender que debe producirse una equiparación de condiciones entre el sector público y el sector privado en el ejercicio de actividades económicas en las que concurren» [DE LA QUADRA SALCEDO, T.: *Corporaciones locales y actividad económica*, ob. cit., págs. 70-71]. También dice MUÑOZ MACHADO que «los límites constitucionales a las empresas públicas se refieren no a su creación sino a su comportamiento en los mercados, que no debe ser privilegiado, sino igual al de las empresas privadas» [MUÑOZ MACHADO, S.: «Los límites constitucionales de la libertad de empresa»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico*, ob. cit., pág. 142-143].

iniciativa económica, pero siempre que lo haga en plano de igualdad con la iniciativa privada; igualdad asegurada legalmente a través del Derecho de la Competencia y que el Estado no puede socavar mediante normas o actos que coloquen en una posición de ventaja a las empresas públicas frente a las privadas.

Si esto es así desde la perspectiva constitucional, más aun lo es desde la perspectiva comunitaria. En efecto, el TCE, puesto que no prejuzga el régimen de propiedad en los Estados miembros (art. 295 TCE –art. III.331 del proyecto de Constitución Europea) no pone impedimentos a la creación de empresas públicas, ni en régimen de exclusividad ni en régimen de concurrencia con la iniciativa privada. Ahora bien, como esta libertad no puede ser utilizada para inaplicar el TCE, su artículo 86 (III-55), apartado 1, prohíbe a los Estados miembros adoptar cualesquiera medidas (normativas o administrativas) respecto de sus empresas públicas (y respecto de las empresas –públicas o privadas- a las que concedan derechos especiales o exclusivos) que contraríen sus normas, en particular las previstas en los artículos 12 (prohibición de discriminación –art. 4.2) y 81 a 89 (normas sobre competencia, incluidas las relativas a ayudas públicas –III.56 a III.58). Queda, pues, claro, que todas las empresas, sean públicas o privadas, tengan o no derechos especiales o exclusivos, están sujetas a las mismas normas del Tratado. Con una excepción, prevista en el apartado 2 para las empresas encargadas de la gestión de servicios catalogados de interés general o que tengan el carácter de monopolio fiscal: estas empresas están sometidas a las normas del TCE tan sólo en la medida en que la aplicación de las mismas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada⁸⁹.

Resta por saber si el derecho fundamental (la libertad de empresa) añade algún límite al que se deriva de la economía de mercado. A este respecto, alguna opinión doctrinal importante en Alemania ha sostenido, en relación con la libertad profesional de artículo 12.1 de la *Grundgesetz*, que la participación del Estado en la actividad económica supone una injerencia del Estado en un

⁸⁹ Sobre este asunto se volverá en el capítulo VII, apartado 5.3.

derecho fundamental de los particulares (*Eingriff durch Konkurrenz*) y que, por tanto, para ser constitucionalmente admisible, exige una justificación suficiente y proporcionada⁹⁰. Esta idea ha sido recogida entre nosotros por PAZ-ARES y ALFARO AGUILA-REAL, en los siguientes términos: «aunque la actividad económica del Estado no sea subsidiaria de la de los particulares, de modo que el Estado no necesita justificar su entrada en el desarrollo de actividades económicas en la existencia de un “fallo” del mercado que provoca que los particulares no estén en condiciones de atender las necesidades de los consumidores, la injerencia en el derecho fundamental de los particulares obliga al Estado a justificar *en concreto* que la injerencia –el desarrollo por el Estado de la actividad económica- es necesaria, adecuada y proporcional para la consecución de fines determinados de interés general»⁹¹. No basta, pues, que la creación de empresas públicas se justifique por una razón de interés general, es necesario también superar el test de proporcionalidad, porque la actividad empresarial del Estado constituye siempre una injerencia en la libertad de empresa.

No comparto este modo de entender la relación entre los artículos 38 y 128.2, primer inciso de la Constitución, que presupone una relación de preeminencia de la libertad de empresa sobre la iniciativa económica pública⁹².

⁹⁰ SCHOLZ: «Art. 12»; en MAUNZ /DURIG: *Grundgesetz Kommentar*, marginal 104. En la misma línea, aunque menos radical, se mueve PAPIER, que admite como plausible el límite de la proporcionalidad, aunque entiende que este principio «no puede, ni debe, operar en el estricto sentido de una subsidiariedad de las actividades autónomas del Estado»; para PAPIER, «las actividades de competencia del sector público ... han de estar justificadas ... por la razonable toma en consideración del bien de la comunidad, y no deben perjudicar en modo excesivo o intolerable a los sujetos de Derecho Privado. De esta forma, cabría evitar actividades de competencia del sector público que estuvieran basadas en el empleo irregular de fondos públicos, o que vinieran a constituir una competencia aniquiladora u obstaculizadora, dado que por ejemplo la competencia pública no depende de la obtención de beneficios, no asume ningún riesgo empresarial y las normas le otorgan un trato favorable» [PAPIER. H.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en VV. AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 582]

⁹¹ PAZ-ARES, C. y ALFARO-AGUILA REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa».

⁹² «... la simple colocación en el texto constitucional de unas y otras normas define claramente la preeminencia de las libertades económicas sobre la legitimidad de la intervención estatal» [PAZ-ARES, C. y ALFARO-AGUILA REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»].

Como ya he dicho antes, la iniciativa empresarial privada y la pública se apoyan en títulos jurídicos distintos, no homologables, pero sin prelación alguna entre ellos. La distinta ubicación de unas y otras normas nada dice sobre su relación jerárquica, tan sólo pone de relieve la distinta naturaleza de los sujetos implicados (particulares -titulares de derechos subjetivos- y poderes públicos -titulares de competencias públicas-); y de esa distinta naturaleza se derivan exigencias constitucionales distintas: si los particulares no necesitan justificar el ejercicio de su iniciativa económica, los poderes públicos sí, pero no por razón de la protección de la libertad de empresa de aquellos, sino por razón de lo que dispone el artículo 103.1 CE.

Es cierto que la creación de una empresa pública supone *de facto* una injerencia en la posición de los particulares que operan en un mercado concreto. Ahora bien, siempre que se preserve la igualdad en la competencia, se trata de una injerencia legítima o, si se prefiere, no menos legítima que la que supone la entrada de otros particulares en el mercado. La libertad de empresa no protege a quienes ya están en el mercado frente a quienes se “incorporan a” y “operan en” él respetando las normas de la competencia⁹³, sean estos empresarios privados o públicos. A mi parecer, la iniciativa pública no necesita más justificación que la que se deriva de los artículos 31.2 y 103.1 CE, sin que deba añadirse a ello exigencia alguna de proporcionalidad (en el sentido del triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *sensu stricto*).

Para finalizar, entiendo que sí hay un límite último a la iniciativa empresarial pública derivado del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, que opera no sobre su contenido esencial, sino sobre la existencia misma de la norma de derecho fundamental. Como ya he dicho en otro lugar⁹⁴, la sujeción de todos (poderes públicos y particulares) a la Constitución (art. 9.1) obliga a respetar las determinaciones contenidas en la norma suprema.

⁹³ Vid., a este respecto, la STC 64/1991 (fj. 6), para la que no es contrario a la igualdad la desigual posición de unos empresarios frente a otros consecuencia del *legítimo ejercicio de la libertad de empresa*.

⁹⁴ Apartado 1.2 del capítulo IV.

Ello se traduce, en lo que respecta a la libertad de empresa, en una doble garantía. En primer lugar, implica la garantía global de un campo de acción razonable para la misma, lo que significa que la actividad empresarial pública no puede ser de tal extensión que acaba anulando la actividad empresarial privada⁹⁵. En segundo lugar, implica una garantía sectorial: cuando en un sector económico determinado la actividad empresarial pública conduce *de facto* a una situación de monopolio público y la actividad privada tiene que cesar en ese sector, ello supone tanto como la eliminación *de facto* de la libertad de empresa; ese resultado está prohibido a menos que se pueda justificar adecuadamente⁹⁶.

2.3. El sujeto pasivo de la libertad de empresa.

Como ya se ha dicho⁹⁷, la norma que reconoce un derecho fundamental pone en pie una relación jurídica (de derecho fundamental) entre el sujeto activo o titular del derecho y el sujeto pasivo u obligado por el mismo. Sobre quién sea el sujeto pasivo de los derechos fundamentales planea el espinoso asunto de la *Drittwirkung* o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Creo que hoy en día se pueden desechar las teorías que niegan toda eficacia *inter privatos* a los derechos fundamentales: como dice ALEXY, «actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este

⁹⁵ El problema consiste, una vez más, en determinar cuándo se puede decir que la actividad empresarial pública ha ahogado la actividad empresarial privada. En este punto el criterio debe ser el mismo que el expuesto en relación con la garantía institucional del mercado: trasladar la carga de la prueba a quien alegue que la proliferación de empresas públicas ha eliminado en la práctica la libertad de empresa.

⁹⁶ En la doctrina alemana, vid. PAPIER, para quien «la protección del derecho fundamental ex art. 12.1 GG tendrá que activarse en todo caso cuando la concurrencia pública lleve de hecho a una situación de monopolio público y la actividad privada tenga que cesar en ese sector. Este tipo de intervenciones (fácticas) debe recibir el mismo tratamiento que los monopolios jurídicos» [PAPIER. H.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en VV. AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 582]. En realidad, será difícil no ver en este resultado un abuso de posición dominante.

sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal»⁹⁸. Entre nosotros, ALFARO habla de un doble consenso doctrinal: por un lado, hay un amplio acuerdo en sostener que «los derechos fundamentales han de tener algún tipo de vigencia social en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares»; por otro lado, se admite generalizadamente «que el reconocimiento de los derechos fundamentales implica consecuencias *diferentes* para poderes públicos y particulares»⁹⁹.

La discrepancia estriba en *cómo* inciden los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*. Las posturas discrepantes son dos, harto conocidas¹⁰⁰: la tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en esas relaciones (*Unmittelbare Drittwirkung*) y la tesis de la eficacia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*). Lo que quiere decir la primera tesis es muy sencillo: los derechos fundamentales son aplicables inmediatamente en las relaciones entre particulares, sin necesidad de intermediación legal; entiéndase bien, sólo aquellos que por su naturaleza (de derechos de libertad o absolutos) sean inmediatamente aplicables. Lo que quiere decir la segunda tesis no es tan sencillo y, si no entiendo mal, es esto: los derechos fundamentales son eficaces en las relaciones entre particulares, pero no por su dimensión subjetiva (como derechos), sino por su dimensión objetiva (como principios objetivos del ordenamiento). De esta dimensión objetiva se deriva un mandato de protección de los derechos fundamentales, que obliga, en primer lugar, al legislador, encargado de dictar las normas necesarias para hacer efectiva esa protección y, en segundo lugar, a los jueces, encargados también de hacer

⁹⁷ Vid. *supra*, capítulo V, apartado 2.1.2.3.

⁹⁸ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 511.

⁹⁹ ALFARO-ÁGUILA REAL, J: «Autonomía privada y derechos fundamentales»; en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI (1993), pág. 58.

¹⁰⁰ Un resumen de las propuestas doctrinales en BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), págs. 277 y ss. Entre nosotros, la mayoría de la doctrina se inclina por la eficacia inmediata (vid. nota 274 del autor); a la cabeza de esta

efectiva esa protección al interpretar y aplicar las leyes. Bien entendido que los jueces han de basar la protección que otorgan a los derechos fundamentales no directamente en la Constitución, sino en una norma con rango de ley, aunque sea una de esas cláusulas generales que operan en el Derecho Privado¹⁰¹.

No tengo intención de detenerme en la polémica, aunque sí de decantarme por una de las posturas, a sabiendas que tanto la una como la otra tienen puntos fuertes y puntos débiles (por eso hay polémica). Pues bien, *no* me decanto por la tesis de la eficacia *mediata*. Pienso que detrás de esta tesis late un prejuicio histórico y, sobre todo, un temor comprensible, pero no del todo fundado. El prejuicio histórico es conocido: la consideración de los derechos fundamentales como derechos *públicos* subjetivos. No me voy a para en ello¹⁰², pero sí quisiera apuntar alguna cosa. Aparte de que no siempre han sido concebidos así¹⁰³, lo cierto es que han pasado cosas desde que JELLINEK alumbrara su magnífica teoría de los derechos subjetivos. Así, han emergido a la percepción social poderes privados que amenazan los derechos fundamentales de muchos ciudadanos con tanta o más fuerza que los poderes públicos, lo que ha hecho volver los ojos hacia estos últimos, para que nos defiendan frente a aquellos. También ha emergido la Constitución como norma suprema: los derechos fundamentales no son los derechos subjetivos que la ley establecía frente a la Administración (que es lo que históricamente son los derechos públicos subjetivos); son derechos de nuevo cuño, creados por la

posición sitúo al propio BILBAO. Entre quienes sostienen la tesis de la eficacia mediata, es justo destacar a ALFARO (vid. su brillante trabajo, arriba citado).

¹⁰¹ Como la que prohíbe el abuso del derecho (art. 7.2 CC), o la que dice que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público (art. 1255 CC).

¹⁰² Sobre esta cuestión, vid. BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., págs. 233 y ss.

¹⁰³ A este respecto, véase BALLARÍN IRIBARREN, J: «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)»; 24 *Revista Española de Derecho Constitucional* (septiembre-diciembre 1988), págs. 283 y ss. (en particular, págs. 285 a 288). Véase también PRIETO SANCHÍS, L.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, ob.cit., págs 205 y ss. (en particular, págs. 205 a 209).

Constitución y no por la ley; una Constitución que, además, es norma suprema de *todo* el ordenamiento, también del privado. Las cosas ya no son lo que eran.

El temor comprensible es a que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el mundo privado socave el sagrado dogma de la autonomía de la voluntad. Se teme que ello acabe con la libertad: con la libertad de tratar de manera desigual a unos frente a otros o con la libertad de no querer hacer uso de la libertad, renunciando a ella o limitándola mediante contrato. Este temor no está del todo fundado, porque la autonomía de la voluntad no queda barrida si se admite la eficacia *inmediata* de los derechos fundamentales, sólo limitada. Para empezar, la misma autonomía de la voluntad está protegida en la Constitución, a través de algunos derechos fundamentales –como el derecho de propiedad, la misma libertad de empresa y el derecho al trabajo¹⁰⁴– y a través del principio general de libertad del artículo 10.1 CE. Pero, además, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no es absoluta (da casi rubor decirlo), y ello por dos razones: porque los sujetos pasivos pueden esgrimir también derechos fundamentales (habrá así colisión de derechos fundamentales); y porque los titulares de los derechos fundamentales son también lo que las leyes (respetuosas de su contenido esencial) dicen que son: en el contenido de esas leyes se encuentran esas cláusulas generales que operan en el Derecho Privado, que son razones válidas para limitar los derechos fundamentales, siempre proporcionadamente.

La teoría de la eficacia *mediata* busca responder a las exigencias de la realidad (los derechos fundamentales deben tener vigencia en las relaciones entre particulares) pero sin cambiar la teoría (los derechos fundamentales son derechos subjetivos *públicos*) y tratando de preservar el dogma (la autonomía de la voluntad). Para ello hace un regate y encuentra la conexión entre

¹⁰⁴ En el marco de la economía de mercado, la libertad de empresa protege la libertad contractual del empresario y el derecho al trabajo la libertad contractual del trabajador. Queda el sufrido consumidor, que ha tenido que esperar a que se dicten las leyes oportunas para estar protegido. Recuérdese, no obstante, que la libertad contractual del consumidor está protegida –eso sí, sólo frente al legislador– por la garantía institucional del mercado (vid. *supra*, capítulo IV, apartado 2.3).

derecho fundamental y Derecho Privado en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales son derechos subjetivos públicos pero son también principios objetivos del ordenamiento que el legislador debe proteger en las relaciones entre particulares. Bien mirada, esta construcción niega la consideración de los derechos fundamentales como fundamentales -como derechos creados por la Constitución- en las relaciones entre particulares y los convierte en simples derechos legales, a merced del legislador. Ello es así porque, aunque se habla de "mandato" de protección por el legislador, este mandato no puede ser exigido como derecho subjetivo por los ciudadanos (es lo propio de la dimensión objetiva¹⁰⁵). En definitiva, un derecho cuya existencia jurídica depende de la decisión del legislador es un derecho legal y de ningún modo un derecho constitucional. La posición que la teoría de la eficacia *mediata* otorga a los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* es la misma que tienen los principios rectores del capítulo 3 del título I: sólo son derechos si y cuando lo decide el legislador.

A lo anterior (no son derechos subjetivos *fundamentales*) hay que añadir una curiosa consecuencia de esta alambicada construcción. De acuerdo con la teoría de la eficacia *mediata*, cuando un derecho fundamental es lesionado por un particular, no es este (o no es sólo este) el que lo lesiona, sino el poder público de turno que no lo ha protegido suficientemente. Ello supone transformar todos los derechos fundamentales en derechos (legales) *de prestación* en las relaciones entre particulares, incluidos los de libertad. Creo que esto es excesivo y muy artificial¹⁰⁶. La resistencia numantina a admitir la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no puede conducir a un endoso universal a los poderes públicos (a

¹⁰⁵ Sobre la vinculación a los poderes públicos de la dimensión objetiva de las normas de derechos fundamentales, vid. *supra*, capítulo V, apartado 3.2.B. Recuérdese que para los defensores de la teoría de la eficacia *mediata*, el mandato de protección incumbe también a los jueces, pero *a través de la ley*.

¹⁰⁶ Esto puede ser útil para salvar los obstáculos procesales al acceso al amparo, esto es, como ardid para resolver un problema concreto, y a sabiendas de que se fuerza la letra de la ley. Sin embargo, es demasiado rebuscado como construcción general desde la que defender la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

todos nosotros en definitiva) de los daños que en nuestros derechos ocasionen los particulares.

Me decanto por la tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, mejor dicho, de algunos derechos fundamentales, entre los que se cuenta la libertad de empresa, que es el que me interesa. Creo que hay que aceptar con naturalidad la aplicabilidad inmediata en las relaciones entre particulares de derechos (como la intimidad o el derecho de huelga) que tienen su hábitat natural en esas relaciones. Como también creo que hay que aceptar con naturalidad que existen derechos que sólo son oponibles primariamente frente a los poderes públicos, porque precisamente consisten primariamente en pretensiones de hacer frente a ellos¹⁰⁷: habrá que estar la estructura de cada derecho fundamental para saber si es directamente oponible frente a los particulares¹⁰⁸. Creo, en fin (por si sirve para recapacitar a los defensores de la *Mittelbare Drittwirkung*) que hoy en día no se puede decir con rotundidad que los derechos fundamentales son irrenunciables: hay derechos a cuyo ejercicio uno puede renunciar válidamente mediante contrato, aunque no incondicionadamente (pienso, por ejemplo, en el derecho a la propia imagen o en el mismo derecho de propiedad), pero hay otros (los más directamente ligados a la dignidad humana – los derechos *inviolables que le son inherentes*, dice el art. 10.1 CE) que no pueden ser objeto de transacción alguna; una vez más, habrá que estar a cada derecho fundamental para discernir al respecto¹⁰⁹.

¹⁰⁷ A este respecto, me remito a la clasificación de PACE: vid. *supra*, capítulo V, apartado 4.

¹⁰⁸ Subrayo la palabra “directamente” porque incluso los derechos “relativos” que consisten en pretensiones de hacer frente a los poderes públicos pueden generar efectos para los particulares, bien que indirectamente, esto es, una vez que aquellos han realizado la prestación a la que están obligados. Así, una vez que los poderes públicos han cumplimentado el derecho a la educación, regulando y creando escuelas, es obvio que los particulares no pueden impedir u obstaculizar el ejercicio de ese derecho por sus titulares, tal como resulta de la Constitución y de la ley: ello sería ilegal e inconstitucional. En esto consiste la sujeción de todos los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento (art. 9.1 CE).

¹⁰⁹ También creo que el derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) es un derecho “relativo”, dirigido exclusivamente a los poderes públicos, a los que les impone una pretensión de *no hacer*: no discriminar en la creación y en la aplicación de la ley. En este sentido, está emparentado con el derecho a no ser condenado o

No existe, por lo demás, ningún argumento en la Constitución en contra de la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones *inter privados*. El artículo 9.1 CE, sin ser concluyente, es un argumento a favor y no en contra. No es argumento en contra el que el artículo 53.1 CE diga que los derechos fundamentales vinculan (sólo) a los poderes públicos. Como ya he dicho¹¹⁰, la expresión "vinculación" no designa lo mismo que la expresión "sujeción": cuando el artículo 9.1 CE dice que los ciudadanos y los poderes públicos están *sujetos* a la Constitución, está diciendo que deben *cumplirla*, que no deben transgredirla; pero cuando el artículo 53.1 CE dice que los poderes públicos (y no los ciudadanos) están *vinculados* a los derechos fundamentales, está diciendo no sólo que deben cumplirlos, sino también que deben *hacerlos cumplir*, cada uno en el ejercicio de sus competencias: el legislador, dictando las normas que exija su ejercicio, cuando aquellas sean indispensables para que el derecho sea ejercitable por sus titulares; la Administración, aplicando las leyes; y los jueces, tutelándolos en cumplimiento de la obligación constitucional ex artículo 24.1 CE. Es esta posición activa la que no es exigible a los ciudadanos, que cumplen con la Constitución limitándose a no transgredirla: por eso sólo están *sujetos* y no *vinculados* a las normas que reconocen derechos fundamentales¹¹¹.

sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE). No obstante, entre estos dos derechos existe una diferencia: el segundo no es susceptible por definición de tener eficacia *inter privados*, pero el primero sí es susceptible de extenderse a las relaciones entre particulares. Nada obsta para que el legislador, en ejercicio de su competencia maximizadora (derivada de la dimensión objetiva de la norma del artículo 14 CE), extienda la prohibición de discriminación a estas relaciones, haciendo frente a situaciones odiosas que todos conocemos. Pero entiéndase bien: la extensión será el resultado de una política legislativa de promoción de la igualdad en la sociedad, no el cumplimiento de un deber "relacional", derivado de una relación de derecho fundamental. Y entiéndase también que esta política tiene el límite del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, entre los que está la libertad de empresa, que otorga a su titular libertad de contratación. Esta libertad puede ser limitada, pero no anulada.

¹¹⁰ Vid. *supra*, capítulo V, apartado 3.2.B.

¹¹¹ Tampoco creo que sea argumento en contra la reserva de ley del mismo artículo 53.1 CE. Porque se ha venido a decir [ALFARO, con cita de Canaris, en «Autonomía privada y derechos fundamentales»; *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI (1993), ob. cit., pág. 63] que al exigir la Constitución que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales sea realizada mediante ley, se excluye, al

La libertad de empresa es un derecho por naturaleza susceptible de ejercerse frente a los particulares: frente a otros empresarios (cuando el empresario compite con ellos en el mercado de bienes y servicios, o cuando acude a contratar al mercado de factores), frente a los trabajadores (cuando el empresario ejercer su poder de dirección) y frente a los consumidores (cuando el empresario les ofrece sus bienes y servicios). Todos estos sujetos deben respetar la norma constitucional que reconoce la libertad de empresa (artículo 38 CE), aún cuando no existan leyes que las desarrollen; a su vez, los titulares de la libertad de empresa deben respetar los derechos fundamentales de los particulares con los que se relacionan y, por su puesto, las leyes, cuando existan. Claro está, es mejor que existan tales leyes (y afortunadamente existen), para así reducir la incertidumbre y la discrecionalidad del juez al aplicar el derecho fundamental y al ponderarlo con otros derechos fundamentales en juego. Pero la ausencia de ley no obsta a la aplicación de la libertad de empresa, porque su existencia *jurídica* en las relaciones *inter privados* no depende del legislador. Pienso, en resumen, que la libertad de empresa es un derecho oponible tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares.

mismo tiempo, la posibilidad de que esa regulación se haga por los particulares mediante contrato, y esa es la prueba palpable de que los derechos fundamentales no tienen eficacia en las relaciones *inter privados*. Pero es evidente que la Constitución no exige que *toda* la regulación de los derechos fundamentales se haga mediante ley, ni siquiera *toda* la regulación *general*, porque de lo contrario estaría vedada la acción del Reglamento en materia de derechos fundamentales, cosa que no es así, como sabemos. La reserva de ley *ex* artículo 53.1 CE es, como toda reserva, una obligación impuesta por la Constitución al legislador para que no se despreocupe de la regulación de la materia reservada: es una obligación de regular los aspectos básicos de los derechos fundamentales. Pero *no impide*, ni una regulación general complementaria por el Gobierno-Administración, ni la regulación *particular* de tales derechos por los propios particulares, siempre que respeten la regulación legal: al fin y al cabo, esto es lo que quiere decir el artículo 1255 del Código Civil cuando dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, *siempre que no sean contrarios a las leyes* (art. 1255 CC).

3. AMBITO OBJETIVO.

3.1. El objeto de la libertad de empresa.

Objeto de la libertad de empresa es precisamente la **empresa**, una organización creada para producir bienes y/o servicios destinados a ser vendidos en el mercado. Esta organización es un objeto *complejo*: no es sólo un conjunto de personas y bienes, sino un conjunto organizado o bien dispuesto por el empresario, siendo así que esa organización o buena disposición confiere a la empresa un valor añadido; este valor añadido, denominado "goodwill" o "fondo de comercio", es lo que, según parte de la doctrina mercantilista, singulariza a la empresa como objeto jurídico. Es también un objeto *singular*, como sugiere GONDRA: por una parte, «es un "objeto" que no viene dado en la naturaleza, sino que *procede del sujeto*», es una obra del empresario que necesita constantemente de su actividad, «pues, tan pronto como ésta cesa, se pierde el núcleo inmaterial (el fondo de comercio o *goodwill*), que constituye la esencia de la empresa, lo que en ella encierra mayor valor económico»; y, sin embargo, y por otra parte, sin dejar de ser un objeto, encierra en sí mismo algo de subjetivo, esto es, «constituye un *centro de acción*» que, «por muy ligado que este a la persona del empresario, tiende a devenir *autónomo*, a tener su propia vida, a servir en suma a fines propios». Es, desde luego, un objeto *sui generis*, que «rompe, realmente, los esquemas conceptuales del Derecho»¹¹²

Desde una perspectiva *jurídica general*, la complejidad de la empresa hace que no sea posible un tratamiento jurídico unitario de la misma como objeto del derecho subjetivo:

¹¹² GONDRA, J.M, *ibidem*, págs. 503-505.

- En primer lugar, están las personas que trabajan al servicio del empresario, con las que éste tiene una relación de libertad (de contratación y de dirección), y que está disciplinada por el Derecho del Trabajo.

- En segundo lugar, están todos los elementos que tienen la consideración de bienes jurídicos (el patrimonio), sobre los que el empresario ha de tener un poder de disposición, pero no necesariamente de propiedad: lo determinante «es que el titular de la empresa esté habilitado, en virtud de un título jurídico suficiente, para poder disponer de los diferentes elementos en orden a adscribirlos a la organización, de conformidad con las exigencias funcionales de la actividad económica»¹¹³

- En tercer y último lugar, está el complejo en sí –la empresa misma-, que puede ser objeto unitario de transmisión (*inter vivos* o *mortis causa*), aunque conviene matizar. Por lo que respecta a las personas (los trabajadores), lo que se produce jurídicamente no es una transmisión de los trabajadores (que repugnaría a la dignidad humana), sino simplemente un cambio del titular de la empresa (de la persona del empleador), que queda «subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior» (art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores –ET-). Y, por lo que respecta al “fondo de comercio”, la doctrina mercantilista está de acuerdo en considerar que no es objeto de transmisión en sentido estricto: «No hay ... desde el punto de vista del Derecho posible sucesión en la actividad de empresa, ni transmisión propiamente dicha de los valores inmateriales (clientela, expectativas, etc.) generadas por aquella»; «lo que sí es, en cambio, posible y a ello no pone obstáculo el Derecho es a que las partes contemplen,

¹¹³ GONDRA, J.M: *ibidem*, pág. 570. En igual sentido, GIRON TENA, J.: «Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa»; en VV. AA: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, ob. cit., pág. 283.

Recuérdese que, a efectos *económicos* no importa el título jurídico concreto en el que el empresario posea los medios de producción –tierra y capital- (si en calidad de propietario o arrendador, por ejemplo); lo relevante es que tenga la facultad exclusiva de decidir sobre su uso y, por supuesto, la facultad de apropiarse de los bienes o servicios producidos para lanzarlos al mercado: vid. capítulo I, nota 47. El propio Tribunal Constitucional, en alguna ocasión, ha dado a entender que el empresario puede ser o no propietario del factor económico “tierra” (STC 37/1987, fj 5, párr. 3).

como formando parte del *objeto unitario del negocio jurídico*, el traspaso "fáctico" de ese campo de actividad objetivado y de los valores intangibles a él asociados y, en tal sentido, acomoden sus respectivas prestaciones y contraprestaciones»¹¹⁴

Desde una perspectiva *jurídico-constitucional*, la empresa-organización tiene relevancia en cuanto es el objeto inmediato sobre el que se proyectan los poderes en que consiste el contenido esencial del derecho fundamental ex artículo 38 CE (el objeto mediato es el mercado). Habrá que estar a cada poder en particular para ver que aspecto concreto de esa organización es el relevante. No obstante, procede hacer aquí también algunas precisiones:

- *En primer lugar*, la conceptualización de la libertad de empresa como una libertad que se proyecta sobre una actividad "organizada" excluye del ámbito de aplicación del derecho fundamental todas aquellas actividades económicas desarrolladas sin un soporte organizativo: sin organización activa de factores de producción, esto es, sin empresa, no hay libertad de empresa protegida por el artículo 38 CE. Como ya se ha dicho antes, no encajan en la actividad empresarial aquellas actividades que son tan absolutamente personales que no impliquen la afección de factores de la producción a la función de producir para el mercado, bajo la racionalidad propia de éste.

La afirmación anterior parece excluir de la aplicación de la libertad de empresa la actividad de los profesionales liberales¹¹⁵, en la medida en que la prestación de servicios en que consiste esta actividad está dominada por la personalidad del profesional, esto es, es una actividad de carácter personalísimo¹¹⁶. En realidad, esta tesis no tiene mucho sentido cuanto menos en relación con la actividad desempeñada en grupo, que constituye en los

¹¹⁴ GONDRA, J.M: *ibidem*, pág. 573.

¹¹⁵ La calificación de "liberales" no deja de ser paradójica: existen pocas profesiones menos liberalizadas que la de los profesionales liberales, sujetos a requisitos tales como titulación o adscripción forzosa a un colegio profesional.

¹¹⁶ A similar conclusión se puede llegar en relación con las actividades artísticas.

últimos tiempos una realidad insoslayable¹¹⁷. No parece sensato negar la libertad de empresa a estas formas colectivas de ejercicio de la actividad profesional¹¹⁸, a estas auténticas "sociedades profesionales", porque en es estos casos es evidente la presencia de un soporte organizativo, de una empresa propiamente dicha¹¹⁹.

- En segundo lugar, no resulta ocioso señalar que justamente la empresa como organización es lo que constituye el objeto de la intervención del artículo 128.2 CE y de la participación de los trabajadores que el artículo 129.1 CE exige promover a los poderes públicos: se interviene y se participa en la dirección y administración, es decir, en la *organización* que es la empresa.

¹¹⁷ En palabras de Aurora CAMPINS, «resulta evidente que la prestación de servicios profesionales en grupo constituye una de las tendencias más acentuadas en el mercado de estos servicios. Aunque en Europa no se han alcanzado las cifras norteamericanas, los despachos profesionales con centenares de abogados no son ya una *rara avis*; los estudios de arquitectura en los que participan decenas de arquitectos son la forma más común de ejercicio entre los que participan en concursos internacionales; los médicos que ejercen privadamente su actividad lo hacen a través de clínicas o establecimientos cuyas instalaciones comparten con otros médicos. En sectores profesionales como el de auditoría, el ejercicio colectivo de la profesión es, como es sabido, la forma más común de prestación de servicios» [CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional* (Civitas, 2000), pág. 34].

¹¹⁸ En el fondo, tampoco a las formas no colectivas, esto es, al profesional individual, siempre que se acompañe de un soporte organizativo. No hay nada que lo distinga del empresario individual. De la misma opinión es Angel ROJO, para quien el profesional liberal y el empresario comparten una característica común: «la actividad que ambos desarrollan es una actividad profesional». Para el citado autor, las razón por la cual el primero tiene un régimen especial es puramente histórica: «en el momento en que nace el *ius mercatorum* y aún en el momento de la codificación, los profesionales liberales no coordinaban diferentes factores de la producción con finalidad de intermediar en el mercado de servicios»; sin embargo, «en el momento presente, al lado de profesionales que conservan sustancialmente las características tradicionales, existen otros que coordinan y organizan los factores de la producción. Esos profesionales contemporáneos, o bien se organizan de modo semejante al de los empresarios, o bien incluso asumen formas jurídicas mercantiles, cuando es legalmente posible, para el ejercicio de la actividad profesional» [ROJO, A.: «El empresario»; en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 44].

¹¹⁹ Define CAMPINS las sociedades profesionales como «aquellas sociedades externas cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales a través de sus socios» (*ibidem*, pág. 60). Sobre la viabilidad jurídica de estas sociedades, vid. el capítulo segundo de esta obra.

Téngase en cuenta que las sociedades mercantiles de abogados están expresamente permitidas (art. 28 del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía).

- *En tercer lugar*, también resulta pertinente advertir que la empresa que ampara la Constitución es una organización productiva (en sentido económico¹²⁰), tal como se infiere del propio artículo 38 CE (que impone a los poderes públicos el mandato de asegurar la defensa de la productividad). La libertad de empresa que protege la Constitución es una libertad de empresa productiva: no ejerce válidamente la libertad de empresa quien organiza y gestiona la empresa de forma deliberadamente antieconómica.

- *Por último*, la empresa privada que protege el artículo 38 CE es una realidad genérica, pero en otras disposiciones de derechos fundamentales se protegen empresas privadas singulares: así, las empresas educativas, en el artículo 27 (a través del reconocimiento de la libertad de enseñanza), o las empresas informativas, en el artículo 20 (a través del reconocimiento de las libertades de expresión e información). Alguna reflexión merecen estas empresas.

3.2. Libertad de empresa, empresas educativas y empresas informativas.

3.2.1. Libertad de empresa y empresas educativas.

La relación entre la libertad de empresa y la libertad de enseñanza debe analizarse en dos momentos, el de la creación de la empresa y el del ejercicio de la actividad empresarial, una vez creada ésta:

- En lo que respecta a la *creación*, la Constitución protege expresa y específicamente la libertad de creación de centros docentes como derecho fundamental de las personas físicas y jurídicas (artículo 27.6). Esta libertad

¹²⁰ En el contexto del artículo 38 CE, la productividad que los poderes públicos han de defender es la puramente económica, no la social.

opera como *lex specialis* respecto de la libertad de empresa (en su vertiente de libertad de creación de empresas), por lo que no le son de aplicación los límites de esta. En particular, una reserva del servicio de enseñanza (que supone siempre la atribución en exclusiva de la titularidad del servicio)¹²¹ sería inconstitucional: la cláusula del artículo 128.2 CE es una cláusula de excepción de la norma del artículo 38, pero no del artículo 27.6. Es claro, por otra parte, que la Constitución ha consagrado en el artículo 27 la coexistencia pacífica entre servicio público y servicio privado de educación y, en consecuencia, ha proscrito la *publicatio* de la educación.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha justificado el artículo 27.6 CE en su condición de garantía específica de la libertad de fijación del ideario propio por parte de los titulares de centros privados. Esta es, al menos, la tesis defendida en la STC 5/1981 (la famosa sentencia de la LOECE): «El derecho que el artículo 34 LOECE reconoce a los titulares de los centros privados para "establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución" forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del *principio* de libertad de empresa que también la Constitución (artículo 38) consagra». Lo que convierte la libertad de creación de centros docentes en derecho autónomo (dentro de la libertad de enseñanza) es el que lleva incorporado el derecho a fijar un *ideario educativo* propio; de no existir ese derecho, la creación de empresas educativas sería un mero ejercicio de la libertad de empresa¹²².

¹²¹ Sobre la reserva como excepción a la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, vid. *infra*, capítulo VII, apartados 5.3.1 y 5.3.3.

¹²² Ello no significa que "empresas" no educativas no puedan tener ideario propio. Así parece desprenderse de la STC 106/1996. En ella se dice que, aún cuando el Tribunal «sólo se ha referido al concepto de "ideario del centro" en relación con los Centros Docentes Privados», ello «no significa, desde luego, que no existan otro tipo de empresas, centros, asociaciones u organizaciones que puedan aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica» (fj 3, párr. 1.º). El empresario puede hacer valer ese ideario sólo en el marco de su «poder de dirección y de las obligaciones se derivan del contrato de trabajo» (fj 4, apartado A, párr. 2). En

- Por el contrario, en el *ejercicio* de la actividad privada de enseñanza pueden proyectarse tanto la libertad de empresa como la libertad de enseñanza. Como dicen PAZ-ARES y ALFARO, «Puede suceder perfectamente que limitaciones a la libertad de los titulares de centros educativos, por ejemplo, no afecten a su derecho a la educación [sic] y sí a su derecho a la libertad de empresa (p. ej., el derecho a despedir a personal no docente; la imposición de obligaciones específicas de contabilidad, la imposición de obligaciones de espacio o de instalaciones)»¹²³.

Esta parece ser también la mentalidad del Tribunal Constitucional, al menos en la STC 77/1985, de 27 de junio (la famosa sentencia sobre el proyecto de la LODE). A poco que uno observe sus fundamentos jurídicos 12 y 13, verá que el Tribunal no rehúsa entrar a valorar las alegaciones de los recurrentes contra determinados preceptos de la LODE (relativos a los centros concertados) desde la perspectiva del artículo 38 de la Constitución. Para el Tribunal, la regulación de un módulo económico para los centros concertados «no coarta ni limita la libertad de enseñanza y la libertad de creación de centros, *ni tampoco la libertad de empresa*, sino que, más bien al contrario, contribuye a crear un mecanismo que favorece su ejercicio» (fj 12 – la cursiva es mía). Y, aunque se muestra tajante al decir que el legislador puede imponer el carácter no lucrativo de las actividades subvencionadas en tales centros, «sin que pueda invocarse argumento alguno basado en *derechos fundamentales* o en normas constitucionales de otro género para defender un supuesto beneficio empresarial», admite que «un centro que haya aceptado el régimen de conciertos sí podrá desempeñar otras actividades docentes con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto» (fj 13- la cursiva es mía). Parece que los centros educativos privados, aún los más sujetos a control público, ejercen libertad de enseñanza, pero también libertad de empresa.

definitiva, no existe un ideario de la empresa como contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de empresa.

¹²³ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 5999.

3.2.2. Libertad de empresa y empresas de comunicación.

También hay que analizar la relación entre libertad de empresa y libertades de expresión e información en los momentos de creación y ejercicio:

- A diferencia de lo que sucede con la libertad de enseñanza, la Constitución no garantiza expresamente la libertad de *creación* de empresas de comunicación en el artículo en el que se reconocen las libertades de expresión e información. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha dicho que el derecho, derivado del artículo 20.1 de la CE, a difundir ideas y opiniones comprende el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible (SSTC 12/1982, fj 3; vid. 181/1990, fj 3; 206/1990, fj 6; 189/1991, fj 5; 31/1994, fj 5; y 127/1994). Ahora bien, se trata de un derecho instrumental, de manera que el legislador dispone de mucha mayor libertad de configuración que respecto del derecho principal al que sirve. Así las cosas, no lesiona las libertades de expresión e información la reserva al Estado del servicio de televisión¹²⁴.

El Tribunal Constitucional incluye la libertad de creación de empresas informativas, no dentro de la libertad de empresa, sino dentro de las libertades de expresión e información, pero le otorga una protección débil: forma parte de estas últimas libertades, pero poco. Realmente, si lo que quería el Tribunal era salvar la constitucionalidad de la declaración como servicio público exclusivo de la televisión, escogió el camino más difícil. Hubiera sido más sencillo –y

¹²⁴ Según resume la STC 127/1994, existe una distinción conceptual, muy consolidada en la jurisprudencia constitucional, de un lado, entre los «derechos primarios», reconocidos con rango de fundamental en el art. 20.1 de la Constitución, a la libre expresión y a comunicar y recibir información veraz, y de otro, «los derechos instrumentales» de éstos a crear los soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios par ejercer esas libertades. Distinción no radical [«en nuestros días la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales»], pero que justifica una mayor libertad de configuración normativa del

más correcto- entender que la libertad de creación de empresas informativas forma parte de la libertad de empresa, derecho fundamental que sí admite la reserva ex artículo 128.2 CE. Y esta es la tesis a la que me apunto. La libertad de creación de empresas informativas es, pues, en mi opinión, manifestación de la libertad de empresa y las limitaciones a aquella son limitaciones a ésta.

- Ahora bien, en el *ejercicio* de la actividad, una vez creada la empresa informativa, pueden proyectarse tanto la libertad de empresa como las libertades de expresión e información y el deslinde entre una y otra debe verse en cada caso concreto: cuando una limitación afecte principalmente a los aspectos económicos de la empresa informativa, estará en juego la libertad de empresa, cuando afecte principalmente a los aspectos relacionados con la difusión de ideas y opiniones, las libertades en juego serán las de expresión e información. Y puede suceder que una limitación afecte simultáneamente a ambos derechos, que estarán así en situación de concurso ideal¹²⁵.

Para finalizar, es preciso hacer una referencia a la publicidad, actividad en la que convergen ambos derechos fundamentales¹²⁶. A este respecto, baste con proponer este deslinde: cuando lo que predomina en la publicidad es su condición de vehículo de información y formación de la opinión pública, el

legislador, entre otras razones, para posibilitar el ejercicio de los derechos primarios en condiciones de igualdad.

¹²⁵ Por ejemplo, la *Ley 21/1997, que regula las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos* (la famosa ley del fútbol) se justifica en la salvaguarda tanto del derecho a recibir información veraz como de la libre concurrencia de empresas en el marco de la economía de mercado. Se trata de una ley que limita tanto la libertad de empresa como la libertad de información de las empresas informativas tenedoras de los derechos de retransmisión.

¹²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado la publicidad como parte del contenido de la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio de Roma. Véase, por ejemplo, la STEDH de 1/1994 (as. *Casado Coca*), en la que, enmendando a nuestro Tribunal Constitucional, subraya que dicho artículo no distingue según la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido y, en consecuencia, engloba también las informaciones de carácter comercial (ap. 35).

Sobre la publicidad como manifestación de las libertades de expresión e información, vid. GARCIA GUERRERO, J. L.: «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», 10 *Derecho Privado y Constitución* (1996), págs. 117-146; y «La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», 50 *Revista Española de Derecho Constitucional* (mayo-agosto 1997), págs. 77-101.

derecho ejercitado será el del artículo 20.1 CE¹²⁷; cuando, por el contrario, lo que predomina es su condición de vehículo comercial, al servicio de la economía de mercado, el derecho ejercitado será la libertad de empresa. En el primer caso, la publicidad está mas protegida frente a limitaciones de los poderes públicos que en el segundo caso; en el primer caso hay acceso al amparo, en el segundo no. La importancia de deslindar es evidente.

¹²⁷ «Piénsese, por ejemplo, en la publicidad en la que se “opina” sobre el valor de la maternidad, o sobre los que sólo “viven para trabajar” o sobre el grado de agresividad sexual de la mujer de hoy o sobre el papel de los hombres en las tareas del hogar y el cuidado de los hijos» [PAZ-ARES y ALFARO-AGUILA REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 5991]. Pienso, por ejemplo, en las campañas de publicidad de los productores de aceite de oliva en las que se informa sobre las cualidades de tan exquisito producto; o en la de los pobres productores de azúcar, en las que nos tratan de decir que el azúcar no engorda. En todos estos casos, el ánimo de lucro es irrelevante: «Como se ha afirmado con razón, si el ánimo de lucro del que se expresa le privara de protección constitucional, tampoco estarían amparados por el artículo 20 CE los autores que publican libros o reportajes a cambio de remuneración, lo que parece inaceptable» [PAZ-ARES y ALFARO-AGUILA REAL, J.: *ibidem*, pag. 5991].

CAPITULO VII

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. INTRODUCCIÓN.

Hay una frase de un jurista del siglo XVI –Dumoulin- que trae a colación Castán Tobeñas, en su monumental tratado de Derecho Civil y Foral de España, a cuenta de la distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles. La frase dice lo siguiente: «No hay en el turbulento océano del Derecho piélago más profundo y peligroso que el tratado de la divisibilidad e indivisibilidad». Me viene a la memoria la frase porque estoy seguro de que si el tal Dumoulin viviera hoy y fuera constitucionalista, no tendría inconveniente alguno en utilizarla para referirse a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Porque, en verdad, abordar este asunto es entrar en aguas profundas y peligrosas, en un mar de dudas en el que uno corre el riesgo de ahogarse.

El piélago se hace aún más profundo y peligroso cuando se acomete la tarea de determinar en qué consiste el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa. Esta tarea tiene una primera dificultad, la general que se deriva la noción misma de contenido esencial, que el artículo 53.1 CE toma del artículo 19.2 de la Constitución alemana¹: ¿cómo se articula

¹ El artículo 19 dice en su apartado 1: «Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente». Y añade el apartado 2: «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia». Como se ve, la exigencia del apartado 2 se liga a los casos en los que un derecho fundamental es restringible por ley. Frente a ello, nuestra Constitución ha reconocido al legislador una competencia general para restringir todos los derechos fundamentales, al margen de la las remisiones específicas contenidas en preceptos referidos a derechos concretos.

este límite frente al legislador?. Pero a ella se añade la dificultad particular que supone la libertad de empresa: esta, como todo derecho fundamental, es un derecho limitable², pero la singulariza el ser un derecho *fuertemente* limitable, porque la Constitución atribuye a los poderes públicos algunos mandatos y numerosas posibilidades de intervención en la actividad económica privada (basta con remitirse a todas las normas que se derivan de la cláusula de Estado Social)³. Tiene razón el Tribunal Constitucional al decir que el problema de la libertad de empresa es «también» un problema de «constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos» (STC 147/1986, fj 4 b). Las cosas, pues, se complican con la libertad de empresa: ¿cómo se articula el límite del contenido esencial frente a un legislador que tiene tantas posibilidades de limitar este derecho fundamental?.

A estas dos preguntas trataré de dar mi respuesta –no sin cierta aprensión– en las próximas páginas. Pero antes hay que saber lo que dicen el Tribunal Constitucional y la doctrina, porque mi respuesta no surge en el vacío jurídico, naturalmente.

2. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional ha partido de una constatación: la definición *a priori* con carácter abstracto y de general aplicación del *contenido* de la libertad de empresa y de los *límites* que pueden establecerse por las normas que regulen su ejercicio es una cuestión que no está exenta de graves dificultades (STC 37/1987, fj 5). A pesar de estas graves dificultades, se ha esforzado por hacer compatible el contenido de la libertad de empresa con sus límites. Si seguimos el *modus operandi* del Tribunal, para determinar la compatibilidad entre contenido y límites, son

² Limitable (y no sólo limitado) porque puede ser limitado por la ley. Con ello ya me sitúo frente a las llamadas teorías internas, que tienen en España como adalid a DE OTTO. Sobre esto se tratará en el apartado 3.

³ Vid. capítulo III, apartado 3.3.1.2.

inevitables dos tareas previas: en primer lugar, determinar el contenido *prima facie* del derecho (determinación positiva) y, en segundo lugar, determinar cuáles son los límites (o las fuentes constitucionales de limitación) del derecho (determinación negativa). Sólo después de esta doble determinación se está en condiciones de fijar un criterio de compatibilidad entre contenido y límites de la libertad de empresa.

2.1. La determinación positiva: el contenido *prima facie* de la libertad de empresa según el Tribunal Constitucional.

Después de algún intento de rehuir el asunto⁴, el Tribunal Constitucional entra resueltamente a delimitar positivamente el contenido esencial de la libertad de empresa en la sentencia 83/1984⁵. En esta importante sentencia el Tribunal declaró que el artículo 38 de la Constitución *no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial* (fj 5, párr. 5)⁶. En esta sentencia se explicita lo que no comprende y lo que sí comprende la libertad de empresa:

⁴ Vid. STC 37/1981, fj 2, párrafo 5.

⁵ La sentencia resolvió una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, por posible inconstitucionalidad de la base XVI, párrafo 9.º, de la *Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional*. La citada base, tras disponer en su párrafo noveno que «queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, incluso con las amortizaciones que sean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad ...», establecía unas limitaciones para el establecimiento de oficinas de farmacia en función del número de habitantes y distancias entre establecimientos. A juicio del órgano jurisdiccional que planteó la cuestión, ello suponía violación de los artículos 14, 35 y 38 de la Constitución.

⁶ El tenor literal es el siguiente: «... el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión y oficio, *ni el art. 38 reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial*, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden» (la cursiva es mía). Como se ve, el Tribunal Constitucional traza un paralelismo entre la libertad de empresa y la libre elección de profesión u oficio, al objeto de determinar lo que no comprenden una y otra.

A. **Lo que no comprende** la libertad de empresa es *el libre acceso a toda actividad económica*: en relación con los distintos sectores económicos, el ciudadano tan sólo tiene derecho a iniciar una actividad económica cuando el legislador lo permita expresamente o, al menos, no lo prohíba. El silencio del legislador hace entrar en juego el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra, y que «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1)» (STC 83/1984, fj 5, párr. 6)⁷.

De la declaración contenida en esta sentencia resulta lisa y llanamente que el despliegue de las «facultades y posibilidades de actuación» de la libertad de empresa en cada sector económico está a expensas de la decisión del legislador, que es libre de permitir o prohibir el ejercicio de este derecho. La libertad de empresa se configura así como un derecho sujeto a permiso legal (expreso o tácito –no prohibición).

Acaso consciente de las consecuencias devastadoras de esta interpretación sobre la propia naturaleza como derecho fundamental de la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional atemperó su posición inicial. Así, en la STC 66/1991 (fj 2) introduce el principio de proporcionalidad como canon de control de una medida que prohíbe el ejercicio de una determinada actividad económica: para el Tribunal Constitucional la prohibición de comerciar con un bien no es *per se* inconstitucional, desde la perspectiva de la libertad de empresa, siempre que sea proporcionada (en términos que luego veremos). Pero en la STC 84/1993⁸ parece ir más allá de la proporcionalidad: en ella declara que es

⁷ Este principio «impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales, en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los artículos 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de ley» (*ibidem*).

⁸ Cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la Sala de los Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña respecto de los artículos 4 y 5 de la Ley 9/1984, de 5 de marzo, del Parlamento de Cataluña, de

incompatible con la «garantía constitucional» de la libertad de empresa «la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial –movida por la búsqueda del beneficio- en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en le segundo inciso del artículo 128.2 o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión» (fj 2 B).

En consecuencia, la libertad del legislador para prohibir una actividad económica no es total. Este no puede prohibir ninguna actividad empresarial de forma genérica y absoluta (sea lo que sea esto). La libertad de empresa no comprende la libertad de acceso a toda actividad económica, pero sí al menos la *garantía constitucional* de la *no prohibición genérica y absoluta de acceso a toda actividad económica*. Garantía que tiene una doble excepción: la *primera*, la que resulta de la habilitación constitucional a la ley para reservar «recursos o servicios esenciales» por razones de interés general; la *segunda*, la que resulta de la calificación como ilícito de la actividad en cuestión.

El Tribunal Constitucional parece situar en el plano de la garantía institucional la protección de la libertad de empresa frente a la prohibición legislativa de la actividad económica privada, en definitiva, frente a la prohibición legislativa del mercado. Por otra parte, a la vista de las SSTC 61/1991 y 84/1993, queda en la penumbra si las dos vienen a decir lo mismo o si la segunda sentencia añade un límite nuevo al de

Regulación de Ferias Comerciales. La cuestión litigiosa se reduce al artículo 5, que viene a prohibir a las entidades mercantiles privadas organizar ferias oficiales con ánimo de lucro. Para el Tribunal Constitucional, este artículo «proscribe, sí, la obtención de lucro propio, a resultas de la organización de una feria oficial, por los organizadores; pero en modo alguno viene a impedir que las entidades mercantiles emprendan en Cataluña la realización de ferias comerciales, en un sentido lato, con ánimo y con realización de lucro propio, posibilidad que la Ley sólo niega -como con acierto han observado las representaciones de la Generalidad- si el promotor de tales certámenes pretendiera atribuirles cualquiera de las denominaciones que la Ley reserva para las ferias de carácter oficial, esto es, para las que hayan sido autorizadas por la Administración, inscritas en el correspondiente Registro y proyectadas de conformidad con los demás requisitos legales. Respetada tal reserva de denominación, la organización en Cataluña de ferias comerciales -en sentido genérico- no queda impedida por la Ley ni menoscabada, por lo mismo, la libertad de empresa» (FJ 2).

proporcionalidad. Dicho de otro modo: la duda estriba en determinar si, cuando el Tribunal Constitucional dice que el legislador no puede prohibir de forma *genérica y absoluta* el acceso a las actividades económicas, está queriendo decir que no puede prohibir de forma incondicionada, esto es, de forma *desproporcionada*; o, si, en realidad, está queriendo decir que no sólo no puede prohibir de forma *desproporcionada*, sino tampoco de forma *genérica y absoluta*. La incertidumbre radica, pues, en saber si el Tribunal Constitucional, en lo que respecta al acceso a la actividad económica, añade a la barrera relativa de la proporcionalidad una barrera absoluta, inmune al principio de proporcionalidad: ¿lesiona el legislador el contenido esencial de la libertad de empresa cuando prohíbe absolutamente el acceso a una actividad económica, aún cuando esa prohibición no sea desproporcionada?

B. Lo que comprende la libertad de empresa, según el Tribunal Constitucional, es, en primer lugar, la *garantía constitucional* (o institucional) de la *no prohibición genérica y absoluta de la actividad económica* (y no sólo la empresarial) *por parte del legislador* (con las dos excepciones arriba señaladas). En segundo lugar, allí donde la actividad económica no esté prohibida, la libertad de empresa comprende el *derecho subjetivo de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial* (esta vez sí específicamente actividad empresarial). Lo que significa esto ha sido concretado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 225/1993⁹: la libertad de empresa «entraña en el marco de una economía

⁹ Recursos de inconstitucionalidad [interpuestos por Federico Trillo, como Comisionado de 56 diputados y por el Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno] y cuestiones de inconstitucionalidad [Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana] acumuladas contra determinados preceptos de la *Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y superficies comerciales*. Desde la perspectiva de la libertad de empresa, tan sólo se cuestiona el establecimiento de un régimen limitativo de horarios comerciales (artículo 9 de la Ley); para el Tribunal Constitucional, ese régimen legal no lesiona la libertad de empresa, pero sí una norma básica estatal en materia de horarios comerciales (*ex art. 149.1.13.ª*).

de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una *libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*» (fj 3 B, párrafo 3 –la cursiva es mía).

La capacidad de decisión que otorga la libertad de empresa a su titular tiene una doble proyección, *ad extra* y *ad intra*. **Ad extra**, hacia el mercado, supone atribuir al empresario dos facultades: crear empresas¹⁰ y actuar en el mercado –contratando factores de producción y vendiendo los bienes o servicios producidos-. Para el Tribunal Constitucional, la libertad de actuación en el mercado comprende la libertad de elección del mercado en el que actuar: como ha declarado, «... la actividad de traslado industrial de un lugar a otro del Estado ... constituye una relevante manifestación de la libertad de empresa que el artículo 38 de la Constitución reconoce ..., entendida aquí como *libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado*, cuyo ejercicio en condiciones de igualdad queda constitucionalmente garantizado» (STC 64/1990, fj 4 –la cursiva es mía)¹¹. Comprende también la libre transmisión de la empresa (STC 109/2003, fj 8). Sin embargo, no comprende la libertad de decidir los días y horas de apertura y cierre de la empresa.

También se cuestionan determinados requisitos administrativos que los artículos 3 y 4 de la Ley exigen para el ejercicio de la actividad comercial en Valencia, bien que no con base en el artículo 38 CE, sino en otros preceptos, entre ellos, el artículo 139 CE. El Tribunal Constitucional no entró, pues, a analizar si lesionaba la libertad de empresa la posibilidad legal de exigir requisitos subjetivos de capacitación oficial para el ejercicio de ciertas actividades comerciales, refrendada por un título o licencia que acredite la aptitud necesaria.

¹⁰ Facultad no absoluta, por supuesto. Así lo dice el Tribunal Constitucional, en relación con la actividad comercial: «La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un *derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales* en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas —estatales, autonómicas, locales— que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio.» [STC 227/1993, fj 4, apartado e) –la cursiva es mía].

¹¹ Vid. también STC 96/2002, fj 11.

esto es, la libertad de fijación del horario comercial: para el Tribunal Constitucional, «ello no se desprende necesariamente del artículo 38 de la Constitución»¹², «que en esta materia [...] no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 CE» (STC 225/1993, f.º 3 B, párrafo último).

Ad intra, hacia el interior de la empresa, supone atribuir al empresario autonomía organizativa. Una primera manifestación de esta autonomía organizativa es el poder de autoorganización, esto es, el poder de fijación de la estructura interna de la empresa: así se deduce de la STC 49/1988, cuando se afirma en ella que la trascendencia económica y los especiales riesgos de la gestión de la banca privada justifican las restricciones que la ley impone a aquélla en la libertad de organización que otras empresas tienen (f.º 12)¹³. Una segunda manifestación es el poder de dirección sobre

¹² «ya que si se considera este derecho en su *vertiente institucional* es evidente que un régimen de libertad o, por el contrario, de restricción de horarios comerciales, no afecta sustancialmente ni determina, por sí sólo, el marco general de la economía de mercado en la que se ejerce la libertad de empresa. Y en su *vertiente individual* es innegable que, caso de admitirse que la libertad de horarios constituye un corolario obligado de la libertad de empresa, ésta se extendería, indebidamente, al ámbito de la regulación del propio mercado; pues uno de los elementos de la ordenación del mercado y directamente vinculado con su funcionamiento está constituido, precisamente, por el régimen de horarios en el que puede desarrollarse la actividad empresarial». Como se puede apreciar en esta argumentación, lo relevante a efectos de contenido esencial, es lo institucional, que cae como una losa sobre lo individual.

¹³ El Tribunal Constitucional busca salvar la constitucionalidad de la intervención pública en la composición de los órganos de las Cajas de ahorros. Justifica esta intervención negando (o al menos poniendo en duda) la aplicabilidad (o la aplicabilidad plena) de la libertad de empresa a esas entidades, por razones que ya conocemos. Y añade, a mayor abundamiento: «Aún podría añadirse que en la misma Banca privada la ley restringe la libertad de organización que tienen las otras empresas al imponerles la forma de

los empleados: así lo sugiere el Tribunal Constitucional cuando dice que el artículo 38 CE «no sólo reconoce la libertad de empresa (y el *inherente poder de dirección empresarial*)» (STC 92/1992, fj 3 –la cursiva es mía), o cuando dice que la negociación colectiva «no puede suponer negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE, y por ello, a un *ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al contrato de trabajo*» (STC 208/1993, fj 4, párrafo 2 –la cursiva es mía).

En verdad, en relación con los trabajadores, la autonomía organizativa del empresario se concreta primero *ad extra*, mediante el recurso al mercado de trabajo para contratarlos. En este sentido, el Tribunal Constitucional incluye dentro del contenido de la libertad de empresa la libertad de seleccionar a los trabajadores¹⁴, o, en otras palabras, la libertad de contratación, aunque advierte –como es obvio– que no se trata de una libertad absoluta, como tampoco lo es la libertad de despido: de la libertad de empresa no puede deducirse «ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad “ad nutum” de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los artículos 35.1 y 39 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho» (STC 192/2003, fj 4)¹⁵.

Pero, una vez contratado el trabajador, la autonomía organizativa se proyecta *ad intra*, como poder de dirección empresarial. De este poder de

sociedad anónima y establecer otros requisitos, sin duda atendiendo a la ya señalada trascendencia económica y especiales riesgos de su gestión».

Ya se ha explicado que –en mi opinión, pero no sólo en mi opinión– la libertad de autoorganización es manifestación del derecho de asociación y no de la libertad de empresa: vid. Capítulo V, apartado 5.3.

¹⁴ «la libertad del empresario actual para seleccionar a sus trabajadores ... es ... una libertad que puede reconducirse al artículo 38 de la CE» [STC 147/1986, fj 4 b],

¹⁵ Añade el Tribunal Constitucional: «No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, F. 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa”». La libertad *no absoluta* de despido es ya una manifestación *ad intra* de la autonomía organizativa del empresario.

dirección, entendido en sentido amplio, nacen algunos poderes concretos, como el poder de disponer libremente de la retribución del trabajador, respetando los límites legales y convencionales (STC 34/1984, fj 2)¹⁶. También incluye el poder disciplinario, respecto del cual ha dicho el Tribunal Constitucional que es un poder punitivo del empresario «que le otorga una superioridad palmaria y que, en el caso de las infracciones muy graves, puede tener serias consecuencias sobre la situación del trabajador, tanto porque puede afectar gravemente a su modo de vida, cuanto porque puede tener repercusiones indeseables sobre su estatuto jurídico», lo que justifica «tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario» (STC 125/1995, fj 6). A todo ello hemos de añadir el poder de despido.

2.2. La determinación negativa: los límites de la libertad de empresa y el Tribunal Constitucional.

La libertad de empresa «puede ser limitada -y en el propio art. 38 de la C. E. se mencionan algunos de estos límites-, por lo que el problema que se plantea es también un problema de límites, de constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos» (STC 147/1986, fj 4 b). Siendo esto así, corresponde ahora hacer un recorrido por la jurisprudencia constitucional en torno los límites de la libertad de empresa. En coherencia, se sigue aquí la clasificación de los límites de los derechos

¹⁶ El principio de la autonomía de la voluntad, «que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en el que *el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales*».

En rigor, la fijación inicial de la retribución del trabajador se produce en el momento de la contratación, por lo que en este momento la libertad de empresa se proyecta *ad extra*, como libertad de fijación de las condiciones del contrato. Ahora bien, una vez producida la contratación, todas las vicisitudes de la retribución laboral se sitúan *ad intra*, dentro de los “poderes de organización de la Empresa”.

fundamentales que estableciera el Tribunal Constitucional en la famosa sentencia 11/1981. En su fundamento jurídico distinguía entre dos grupos de límites: por un lado, los llamados límites *directos, inmediatos o explícitos*, que la norma constitucional «establece por sí misma en algunas ocasiones» y, por otro lado, los llamados límites *indirectos, mediatos o implícitos*, que derivan «de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar, no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos».

Es necesario advertir que, para el Tribunal Constitucional, la libertad de empresa «exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad ... sólo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores» (STC 109/2003, fj 8)¹⁷. Las limitaciones básicas de la libertad de empresa (sean cuales sean éstas) han de ser las mismas en todo el territorio nacional.

2.2.1. Los límites directos.

Los límites *directos* son límites establecidos por la Constitución, bien porque los incorpora a la definición del derecho (por ejemplo, portar armas o una conducta no pacífica en relación con el derecho de reunión – art. 21 CE), bien porque los añade a esa definición, mencionándolos en la correspondiente disposición (por ejemplo, el delito flagrante en relación con la inviolabilidad del domicilio –art- 18). El artículo 38 CE no incorpora límites directos del primer tipo, pero sí parece recoger límites directos del

¹⁷ En el citado fundamento jurídico se plantea el Tribunal Constitucional si el artículo 4 de la Ley del Estado 16/1997, que regula la transmisibilidad de las oficinas de farmacia, es una norma básica. Para el Tribunal lo es, tanto desde la perspectiva del artículo 149.1.16 (normas básicas en materia de sanidad), como desde la perspectiva del artículo 38, y es al razonar sobre el carácter básico de la norma desde el punto de vista de la libertad de empresa cuando dice lo que se cita en texto principal.

segundo tipo: la libertad de empresa se reconoce «en el marco de la economía de mercado» y los poderes públicos, además de asegurar su ejercicio, están legitimados para limitarla en razón de «la defensa de la productividad» y en razón de las «exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». El Tribunal Constitucional se ha referido a estos cuatro límites.

En lo que respecta a la **economía de mercado**, su misma defensa puede justificar la imposición de limitaciones al derecho subjetivo de la libertad de empresa. Dado que, para el Tribunal Constitucional, la competencia forma parte del contenido de la libertad de empresa-instituto (STC 135/1992, fj 8, párr. últ.) y del instituto "mercado" (STC 208/1999, fj 6, párr. 5), la defensa de aquella se configura «como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazados por las tendencias incontroladas de éste» (STC 88/1986, fj 4, párr. 4). La defensa de la competencia habilita a los poderes públicos (al legislador en primer lugar) a limitar el ejercicio del derecho subjetivo, aunque no sin freno: como advierte la propia STC 88/1986, la actuación de aquellos «no debe entenderse como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino más bien la de prevenir y en su caso corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo» (fj 4, párr. 4); esto es, lo que se impone a los poderes públicos es un mandato de asegurar, no la competencia perfecta, sino tan sólo un cierto grado de competencia en el mercado (la llamada competencia eficaz o suficiente). Además, el legítimo ejercicio de la libertad de empresa puede conducir a desigualdades en la posición de los empresarios en un sector determinado, que no por ello deben ser atacadas (STC 64/1991, fj 6); esto es, la posición de ventaja que otorga el buen hacer empresarial es inatacable.

Sobre la **defensa de la productividad** como límite al derecho subjetivo a la libertad de empresa también se ha pronunciado el Tribunal

Constitucional en dos ocasiones relevantes. En la primera ocasión, como límite a la libertad de explotación de la tierra, y en estrecha conexión con la *función social* de la propiedad privada: la defensa de la productividad es a la libertad de empresa lo que la función social es la propiedad privada, por lo que las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica derivadas de la función social de la propiedad, que tienen por objeto obtener un adecuado aprovechamiento de la tierra, son indisociables de las limitaciones al ejercicio de la actividad empresarial, y no suponen lesión del contenido esencial de la libertad de empresa (STC 37/1987, fj 5). En la segunda ocasión, como límite al poder de dirección del empresario, en concreto, al poder de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo que le reconoce el Estatuto de los Trabajadores: la STC 92/1992 declaró constitucional el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto disponía que, de no aceptar los representantes de los trabajadores las modificaciones adoptadas por el empresario, las aprobaría la autoridad laboral, previo informe del Ministerio de Trabajo; para el Tribunal Constitucional, esta intervención subsidiaria de la Administración, que limita el poder de dirección del empresario, encuentra su justificación en la defensa de la productividad que el artículo 38 encomienda a los poderes públicos¹⁸.

Las **exigencias de la economía general** constituyen una cláusula genérica que habilita al legislador a establecer toda una rica variedad de limitaciones al derecho subjetivo a la libertad de empresa. La defensa del interés general en el terreno económico es causa justificante de toda la «normativa sobre la ordenación del mercado y de la actividad económica general» a la que debe estar plenamente sujeto el ejercicio del derecho subjetivo a la libertad de empresa (tal como señala la STC 225/1993, fj 3 B, párr. 4). Dicho de otro modo, «la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones

¹⁸ «El que la Administración se pronuncie, en casos de probadas razones técnicas, organizativas y productivas, sobre la adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se inscribe sin dificultad dentro de esta previsión constitucional, cuando otra solución se ha revelado impracticable, al no aceptar la representación de los trabajadores las modificaciones acordadas por la empresa» (fj 3).

derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado» [STC 127/1994, f. 6.d)]. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha justificado la constitucionalidad del establecimiento por ley de requisitos administrativos tanto para iniciar una actividad empresarial (en particular, la actividad comercial: vid. SSTC 88/1986¹⁹, 225/1993²⁰, 227/1993²¹ y 284/1993²²) como para desarrollarla, una vez iniciada (vid. SSTC 135/1992²³ y –de nuevo– 225/1993²⁴).

¹⁹ El Tribunal da por bueno el que el art. 13 de la *Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales* establezca ciertos requisitos administrativos para la práctica de la venta domiciliaria –inscripción en un Registro, alta en el epígrafe de la licencia fiscal que es exigida, etc.–, en la medida en que corresponden al ámbito de la *disciplina de mercado* que está atribuido a la competencia autonómica, y que no incide en forma alguna en la regulación mercantil de las transacciones comerciales.

²⁰ Se trata de la sentencia que resuelve los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad acumulados contra la *Ley 8/1986, de la Generalidad Valenciana, de Ordenación del Comercio y las superficies comerciales*. En particular, el artículo 4 determinaba en su apartado 1 que, para el ejercicio de la actividad profesional, todo comerciante «deberá estar inscrito en el Registro General de Comerciantes y de Comercio y reunir los siguientes requisitos y los que, en su caso, se establezcan reglamentariamente: a) Estar dado de alta en la licencia fiscal; b) Acreditar, en su caso, la titulación y la colegiación oficial, así como la prestación de las fianzas y otras garantías exigidas por la legislación vigente para la venta de determinados productos o la prestación de determinados servicios». A lo que añadía el apartado 2 que el Gobierno Valenciano «podrá exigir, de forma progresiva, sin perjuicio del principio general de libre acceso al mercado y de la normativa estatal vigente, requisitos de cualificación técnica y, en su caso, titulación».

El Tribunal Constitucional entendió que estos requisitos no eran cuestionables desde la perspectiva de la libertad de empresa en la medida en que pertenecían «al ámbito de la disciplina de mercado», aunque advirtió que debía ponderarse en todo caso «si el número y la entidad de las exigencias administrativas introducidas por la legislación autonómica resultan proporcionados al objeto legítimo que se persigue y, por tanto, adecuados a su finalidad, y de otra parte, que tales requisitos no afecten a la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de la actividad mercantil» [f. 5, apartado C)].

²¹ La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la *Ley del Parlamento de Cataluña 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales*. Su artículo 9 exigía licencia previa del Ayuntamiento correspondiente para la apertura de un establecimiento comercial y, además, el informe favorable de una Comisión Territorial de Equipamientos Comerciales cuando se tratara de la apertura de establecimientos comerciales de grandes dimensiones (las llamadas grandes superficies). Fijaba además los requisitos que debían ser tenidos en cuenta para la concesión del informe favorable de la citada Comisión y remitía a reglamento la concreción de los requisitos para la concesión de las licencias por los Ayuntamientos.

Para el TC «esta regulación, en su conjunto, es similar a la existente en otros ordenamientos europeos, y trata de cohonestar, desde el interés general que la Ley expresa y pondera, los intereses particulares y sectoriales de los empresarios y comerciantes, de los consumidores, y de los habitantes de las poblaciones afectadas por la apertura del establecimiento comercial, desde una planificación conjunta presidida por criterios comerciales y de urbanismo». Por ello, y con independencia de la conveniencia o no de su introducción por el legislador, no puede decirse «que vulnere el derecho fundamental a la libertad de empresa» (fj 3). «La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un *derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales* en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas —estatales, autonómicas, locales— que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio.» [fj 4, apartado e), ya citado].

²² La sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la *Ley del Parlamento de Cataluña 23/1991, de 29 de noviembre, de Comercio Interior*. Esta Ley exigía a quienes desearan ejercer la actividad comercial en Cataluña el cumplimiento de determinados requisitos administrativos previos, en la misma línea de la Ley valenciana, por lo que el Tribunal Constitucional se remite a lo declarado en la sentencia 225/1993.

²³ Sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la *Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros*. Dice el Tribunal Constitucional: «El sistema que consiste en imponer a las entidades de crédito la obligación de invertir en los valores calificados al efecto por el Gobierno de la Nación o por los autónomos, según los casos, una parte de los fondos ajenos captados por aquéllas implica un intervencionismo público muy intenso en actividades intrínsecamente privadas. Por ello, ha de cohonestarse, como ya se sugirió, con la libertad de empresa. El señalamiento de los coeficientes ha de ser el resultado de una delicada ponderación de intereses, para el fomento de *aquellas actividades consideradas prioritarias de acuerdo con las exigencias de la economía general en el sentido del artículo 38 de la Constitución*, más arriba invocado, según explica el preámbulo de la Ley enjuiciada. Esa evaluación se mueve dentro de un amplio abanico de discrecionalidad, dentro de las coordenadas de la oportunidad y la conveniencia, ya que en el marco de la más estricta legalidad cabría —hacia abajo— la posibilidad de suprimir tal obligación.» (fj 6, párrafo penúltimo —la cursiva es mía).

²⁴ El Tribunal Constitucional consideró constitucionales las limitaciones a la apertura y cierre de establecimientos comerciales que establecía la Ley valenciana. La libertad de empresa debe ejercerse con sujeción a la normativa sobre ordenación de mercado y, justamente, «uno de los elementos de la ordenación del mercado y directamente vinculado con su funcionamiento está constituido, precisamente, por el régimen de horarios en el que puede desarrollarse la actividad empresarial.» Es por ello que, en esta materia, como ya se ha dicho, «el art. 38 CE no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad» [fj 3 apartado B), párr. 5]

En definitiva, al albur de las «exigencias de la economía general» se legitima una intensa intervención pública *para y en* el ejercicio de la libertad de empresa. Como dice la STC 227/1993, «es la propia Constitución [...] la que condiciona el ejercicio de esta libertad a "las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el Derecho Constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero, además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, fundamento jurídico 4.º)» [fj 5.e]²⁵.

Por último, el artículo 38 CE alude a la **planificación** como fuente de limitación de la libertad de empresa. La referencia del precepto parece hecha a la planificación *general* del artículo 131 CE, que es una planificación estatal, y que se proyecta sobre toda la economía y no sobre sectores concretos («una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica» -STC 29/1986), aunque es obvio que también la planificación *sectorial* (tanto estatal como autonómica) limita el ejercicio de la libertad de empresa en el sector económico sobre el que se aplica. Respecto de la planificación *general*, el Tribunal Constitucional se ha limitado a decir que la libertad de empresa ha de ser compatible con ella (STC 37/1981, fj 2, párr. 6). Respecto de la planificación *sectorial*, en la STC 109/2003 se hace referencia a la planificación sanitaria como justificación de determinadas limitaciones legales a la libertad de empresa²⁶.

²⁵ Esta sentencia parece dar el mismo significado y status a la *función social* que delimita el derecho de propiedad y a las *exigencias de economía general* con las que ha de ser compatible la protección de la libertad de empresa por los poderes públicos.

²⁶ Se cuestiona ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad ex art. 38 CE de la caducidad automática de las autorizaciones de oficinas de farmacia en

2.2.2. Los límites indirectos.

Siguiendo la clasificación del Tribunal Constitucional, límites *indirectos* de la libertad de empresa son otros derechos fundamentales y determinados bienes constitucionales. Por lo que respecta al primero de los "límites indirectos" –**otros derechos fundamentales**– es obvio que el ejercicio de la libertad de empresa está limitado por la libertad de empresa de los demás empresarios: a asegurar la coexistencia pacífica de la libertad de empresa de todos provee, desde una perspectiva general, la regulación sobre defensa de la competencia (y sobre competencia desleal); sobre este particular, me remito a lo que ha dicho el Tribunal Constitucional sobre la defensa de la competencia. Pero también está limitado por los derechos fundamentales de los trabajadores, otros de los actores económicos del sistema económico; sobre este asunto, me remito al capítulo siguiente. Por último, los consumidores –los terceros actores del sistema económico– no cuentan en la Constitución con la protección de un derecho fundamental: la defensa de los consumidores y usuarios hay que incardinarla dentro de los bienes constitucionales que pueden justificar limitaciones legales a la libertad de empresa, sin que el Tribunal Constitucional se haya ocupado de ello²⁷.

caso de que el titular cumpla 70 años o de que obtenga otra autorización de apertura de una oficina farmacia, establecida por dos leyes autonómicas (*Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica*, y *Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico*). Para el Tribunal, «la competencia autonómica de planificación territorial justifica que en ambos casos se produzca la caducidad de la autorización, puesto que los límites al principio del artículo 38 CE que conllevan se enderezan en ambos casos a la mejor prestación del servicio en razón a [sic] la plenitud de presencia que ese exige a un farmacéutico y a la responsabilidad del titular de la garantía de la prestación del servicio» (fj 15). En la misma línea, el interés público vinculado a las oficinas de farmacia, «que determina como principio básico "ex" art. 149.1.16 CE la presencia física de un farmacéutico en el establecimiento», justifica la limitación a la libertad de empresa que supone el que cada farmacéutico sólo pueda ser titular de una única oficina de farmacia –«habida cuenta de la responsabilidad del farmacéutico titular en la prestación del servicio»– (fj 16).

²⁷ De lo que se ha ocupado el Tribunal Constitucional es de delimitar esta materia a efectos de titularidad competencial entre el Estado y las Comunidades

El segundo de los límites *indirectos* –**bienes constitucionales relevantes**– nos remite a las normas constitucionales finalistas (o directrices) dimanantes del Estado Social, aquellas que asignan objetivos económicos y sociales a los poderes públicos. Una clasificación de las mismas la he expuesto en otro lugar (apartado 3.3.1.2.A del capítulo III); recuérdese no obstante que distinguía entre normas que asignan objetivos de política económica a los poderes públicos (por ejemplo, arts. 40.1 y 130.1 CE), normas que se dirigen a la protección de grupos sociales determinados (como los consumidores –art. 51 CE) y normas relativas a bienes constitucionales *sensu stricto* (como el medio ambiente –art. 45– o la vivienda –art. 47). La consecución de tales objetivos o la protección de tales grupos o bienes habilitan a los poderes públicos (especialmente al legislador) a intervenir activamente en la actividad económica privada y, por tanto, a limitar el ejercicio de la libertad de empresa. A través de tales normas, la Constitución proporciona a los poderes públicos razones para la acción pública, pero también para la limitación de la actividad económica privada. Todas ellas son o pueden ser fuentes de limitación del ejercicio de la libertad de empresa.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha sugerido que las normas que asignan objetivos económicos a los poderes públicos son susceptibles de ser consideradas concreciones de las “exigencias de la economía general”, del interés general económico: «El artículo 38 de la Constitución dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa —al tiempo que la defensa de la productividad, que a su vez puede suponer un límite a aquélla— de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos (a algunos de los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, arts. 40, 128.1 y 130.1)» (STC 37/1987, fj 5, párr. 2). Y, en alguna ocasión, ha justificado en algún bien constitucional

Autónomas: vid., entre otras, SSTC 71/1982, 88/1986, 15/1989, 62/1991, 133/1992, 202/1992 y 264/1993.

la limitación legal de la libertad de empresa, en concreto, el medio ambiente (artículo 45)²⁸.

Por último, no pueden considerarse límites (ni directos ni indirectos), sino auténticas exclusiones de la libertad de empresa, los instrumentos constitucionales de intervención pública previstos en el segundo inciso del apartado 2 del artículo 128: las "reservas" y las "intervenciones de empresas". Se trata de técnicas muy agresivas, cuyo ejercicio supone *siempre* el sacrificio de la iniciativa económica privada, ya sea en relación con bloques de recursos o servicios (las reservas), o en relación con una o varias empresas concretas (las intervenciones de empresas). Su incorporación a la Constitución permite sortear el obstáculo que supone el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa y, en su caso, del derecho de propiedad: el contenido esencial es resistente a la ley, pero no a la Constitución misma. Su análisis, en el que se incluyen los escasos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se hará en otro lugar de este capítulo.

2.3. La compatibilidad entre el contenido de la libertad de empresa y sus límites: el respeto al "contenido esencial" de la libertad de empresa y el Tribunal Constitucional.

Como se ve, la libertad de empresa es un derecho fuertemente limitable y, por tanto, el problema de la libertad de empresa es un

²⁸ El artículo 45.2 de la Constitución encomienda a los poderes públicos la tarea de velar por la "utilización racional de todos los recursos naturales", «mandato en el que el Tribunal ha acertado a ver una limitación para el derecho de propiedad (STC 227/1988, fundamento jurídico 7.º), que igualmente puede operar respecto de otros derechos o principio constitucionales como los aquí invocados por el Abogado del Estado –libertad de empresa y libre circulación de bienes–, cuyo irrestricto despliegue no puede, en lo que a recursos naturales se refiere –y es obvio que los cangrejos de río vivos lo son– amparar usos que, contrarios a las exigencias de racionalidad derivadas de la prescripción constitucional, puedan poner en peligro de uno u otro modo su pervivencia o sanidad.» (STC 66/1991, f.º 3).

problema de constitucionalidad de las limitaciones que han sido establecidas por la ley. La constitucionalidad se mide en función de la regla establecida en el artículo 53.1 CE: cualquier limitación establecida por la ley es constitucional cuando respeta el contenido esencial del derecho fundamental. Este contenido es, para el Tribunal Constitucional, el que se ha descrito en el apartado 2.2.1; el problema estriba en saber con arreglo a qué criterio determina el Tribunal Constitucional cuándo se respeta dicho contenido.

En relación con la libertad de empresa, nuestro Alto Tribunal parece haber resuelto la cuestión desde la llamada “teoría relativa” de los derechos fundamentales. Así se desprende, al menos, de la STC 66/1991 (fj 2), a la que expresamente se remite la más reciente STC 109//2003 (fj 15)²⁹. La primera sentencia resuelve sobre una medida limitativa contenida en una norma reglamentaria³⁰; en la segunda, el Tribunal Constitucional extiende la doctrina contenida en esa sentencia al control de constitucionalidad de las leyes³¹ desde la perspectiva del contenido esencial de la libertad de empresa. En efecto, después de aclarar –por remisión a la STC 37/1981, fj 2- que la libertad de empresa goza de la doble garantía de la reserva de ley y del respeto de ésta al contenido esencial de aquella libertad, el Tribunal Constitucional –también por remisión a la STC 66/1991, fj 2- emplea la proporcionalidad como criterio

²⁹ A esta última sentencia se remite la STC 159/2003 [fj 5.g)] para resolver la cuestión de si la caducidad de la autorización administrativa para abrir oficinas de farmacia por las causas que establece la ley gallega de ordenación farmacéutica vulnera el principio de libertad de empresa.

³⁰ Una Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes, de la Junta de Castilla y León –de 7 de enero de 1988- que prohíbe la venta de cangrejos de río vivos de cualquier especie en el ámbito de la Comunidad autónoma.

³¹ En el caso concreto, se trata de dos leyes autonómicas sobre ordenación farmacéutica (*Ley extremeña 3/1996* y *Ley castellano-manchega 4/1996*). El litigio en torno a la libertad de empresa se proyecta sobre los artículos que regulan las causas de caducidad de las autorizaciones para abrir oficinas de farmacia (fj 15) y sobre el artículo de la ley castellano-manchega que obliga a los farmacéuticos a ser titulares de una sola oficina de farmacia (fj 16).

para determinar cuándo la ley respeta el contenido esencial de la libertad de empresa (y también el contenido esencial del derecho de propiedad)³².

Como se sabe, la teoría "relativa" determina que toda limitación legal de la libertad de empresa respeta su contenido esencial, siempre que sea *proporcionada*. Es la proporcionalidad la que resuelve el problema de la compatibilidad del contenido de la libertad de empresa con las limitaciones que le imponen las leyes que regulan su ejercicio. Pero, ¿cuándo es proporcionada la ley? Desde que incorporara el test alemán de proporcionalidad en la STC 66/1995 (fj 5), para el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios, cada uno de los cuales implica una exigencia que toda intervención pública en los derechos fundamentales (legislativa y no legislativa), debe cumplir: según el primer subprincipio (*idoneidad o adecuación*), toda intervención en los derechos fundamentales debe ser «adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo»; según el segundo subprincipio (*necesidad o indispensabilidad*) toda intervención en los derechos fundamentales debe ser «la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo

³² También se alude a la "proporcionalidad" como "límite" a la "limitación legal" de la libertad de empresa en la STC 225/1993 (fj 3.B) [en relación con la limitación legal de los horarios comerciales, de artículo 38 CE tan sólo se deriva la exigencia de «un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, *desproporcionadas* o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad» -la cursiva es mía] y en la STC 127/1994 (fj 6.d) [«la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, *proporcionada* y razonablemente el mercado» -la cursiva también es mía].

En realidad, en estas dos sentencias se emplea la "proporcionalidad" como sinónimo de "razonabilidad". Sobre la distinción entre proporcionalidad y razonabilidad, vid. BARNES, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», 5 *Cuadernos de Derecho Público* (septiembre-diciembre 1998), pág. 37; y GONZÁLEZ BEILFUSS, M: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Thomson-Aranzadi, 2003), pág.102. En esencia, la razonabilidad se refiere a la idoneidad de una medida para alcanzar su finalidad; en este sentido, es uno de los pasos del juicio de proporcionalidad, pero no agota esta: una medida irrazonable siempre es desproporcionada, pero una medida razonable no siempre es proporcionada.

propuesto»; según el tercer subprincipio (*proporcionalidad en sentido estricto*), «las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general»³³. Si cumple estas tres exigencias, toda regulación del ejercicio de un derecho fundamental que suponga una limitación de éste respetará su contenido esencial.

La STC 66/1991 (fj 2 –reproducido en el fj 15 de la STC 109/2003) guarda silencio sobre la tercera de las exigencias, sólo se refiere expresamente a las dos primeras: «... no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que puedan suponer, para la esfera de las libertades protegida, un sacrificio menor». Es así que «para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y al derecho de propiedad ... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio para hacerlo posible».

Es en la sentencia 66/1995 cuando el Tribunal Constitucional introduce por primera los tres requisitos del test alemán de proporcionalidad, y es en la STC 55/1996, cuando por primera vez emplea este test para controlar la constitucionalidad de las leyes. No sorprende, pues, el uso "incompleto" del principio de proporcionalidad que hace la

³³ Las palabras entrecomilladas las cojo de BERNAL PULIDO, C: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), págs 35-36. A la STC 66/1995 le han seguido otras que han asumido el test alemán: vid. SSTC 55/1996, 207/1996, 161/1997, 200/1997, 37/1998, 49/1999, 136/1999, 186/2000 y 53/2002.

STC 66/1991³⁴ en relación con la libertad de empresa, por ser anterior a la formalización del principio operada por las dos sentencias antes citadas. Sí sorprende, por el contrario, que la STC 109/2003 –que es posterior a ellas– se haya limitado a reproducir el contenido del fundamento jurídico 2 de la STC 66/1991. Con independencia del problema de si el principio de proporcionalidad se ha consolidado o no en nuestra jurisprudencia constitucional como parámetro de control de las medidas limitativas de los derechos fundamentales³⁵, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 109/2003, se inclina por analizar la constitucionalidad de dos leyes limitadoras de la libertad de empresa desde la teoría relativa, pero no aplica rigurosamente el triple test de la proporcionalidad, a la vista de la formalización del mismo operada a partir de las SSTC 66/1995 y 55/1996³⁶.

Sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado, se puede adelantar algo obvio: la teoría “relativa” hace que el contenido esencial de un derecho fundamental sea operativo para su titular sólo cuando no pueda justificarse una limitación legal de ese contenido, con arreglo al principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, la constitucionalidad de una limitación no se juzga tomando como base el contenido del derecho fundamental, sino la limitación en sí y la finalidad perseguida con dicha limitación. Esto significa que la libertad de empresa como derecho subjetivo sólo existe allí donde acaba la posibilidad de limitarla, y las

³⁴ Uso incompleto, que no poco riguroso. El Tribunal Constitucional argumenta con riqueza y consistencia por qué la medida limitativa es *idónea* y *necesaria*, a lo que ayuda el que el recurrente aporta una también rica argumentación que evaluar al respecto: vid. fj 3 de la sentencia.

³⁵ Cosa sobre la que duda GONZÁLEZ BEILFUSS: «El protagonismo del magistrado Viver Pi-Sunyer en la introducción de dicho test, los votos particulares de determinados magistrados a algunas de las sentencias que lo emplean y su utilización parcial en los últimos años revelan, en efecto, la existencia de importantes discrepancias en el seno del propio Tribunal Constitucional sobre la posibilidad y oportunidad de formalizar y excesivamente el principio de proporcionalidad» [GONZÁLEZ BEILFUSS: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 148].

³⁶ En realidad, la argumentación que emplea es muy pobre, como tendremos ocasión de ver. Se puede adelantar no obstante que, allí donde aborda la constitucionalidad de ciertas medidas legislativas en relación con la libertad de empresa (ff. jj. 15 y 16), tan sólo emplea el subprincipio de idoneidad.

posibilidades de limitación son infinitas. En definitiva, el problema de la libertad de empresa no es *también* un problema de constitucionalidad de los límites que le han sido impuestos, como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 147/1986, fj 4 b), sino *sólo* un problema de constitucionalidad de estos límites.

3. EL PROBLEMA GENERAL Y EL PROBLEMA PARTICULAR EN LA DOCTRINA.

3.1. El problema general: absolutismo frente a relativismo.

La disputa entre los partidarios de una entendimiento absoluto de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (los que podemos llamar "absolutistas" –no se vea ningún sentido peyorativo en esta expresión-) y los partidarios de un entendimiento relativo de esta garantía (los que podemos llamar "relativistas") es una de esas disputas enconadas que tanto enriquecen la ciencia jurídica, pero que también corren el riesgo de hacerse interminables. A simple vista, la absolutista parece una posición idealista, que pretende salvar los derechos fundamentales de la voracidad del legislador. Por el contrario, la relativista se nos aparece una posición realista, escéptica ante el absolutismo: por mucho que se acote el contenido esencial de cada derecho fundamental, siempre puede haber buenas razones para limitarlo ("No se pueden poner puertas al campo", parecen decir los relativistas); lo procedente –lo práctico- es controlar con algún criterio racional la ineludible limitabilidad absoluta de los derechos fundamentales: este criterio es la proporcionalidad. Una y otra posición tienen inevitablemente flancos débiles, que se encargan de poner de relieve los unos respecto de los otros.

Básicamente, la diferencia entre la posición absoluta y la relativa estriba en cómo se define la barrera que para el legislador supone la

garantía del contenido esencial. Para los absolutistas es una «barrera infranqueable» (por emplear la expresión de la STC 6/1981, fj 4), un muro que no puede saltar el legislador. Para los relativistas, por el contrario, es una barrera franqueable por el legislador, pero con condiciones, las del principio de proporcionalidad; es –si se quiere– una barrera de intensidad de limitación: esta no puede traspasar un determinado umbral de intensidad, que se sabe sólo en el caso concreto cuando se aplican –también en concreto– los subprincipios de la proporcionalidad.

Esta distinta concepción condiciona la definición del contenido del derecho. Los “relativistas” definen el contenido del derecho (todo él disponible por el legislador) en términos muy amplios: cualquier posición concreta limitada por el legislador que pueda adscribirse al derecho fundamental forma parte de su contenido *prima facie*; en este sentido, son partidarios de una teoría amplia del supuesto de hecho³⁷. Sus esfuerzos se centran en controlar en el caso concreto si esa posición concreta ha sido limitada proporcionadamente; en este sentido, la relativista es una concepción del caso concreto³⁸.

Por su parte, la definición del contenido del derecho de los absolutistas depende de la corriente que se siga. A partir de la común creencia de que el contenido esencial es una barrera absoluta, existen dentro del absolutismo diversas teorías³⁹:

- En primer lugar, está la teoría espacial-absoluta (la acogida por la STC 11/1981, en su famoso fj 8), que divide el contenido del derecho fundamental en dos partes, como si de un melocotón se tratara: una parte

³⁷ Sobre la distinción entre teoría amplia y teoría estrecha del supuesto de hecho, vid. ALEX Y. R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 292 y ss.

³⁸ En la teoría relativa el contenido del derecho fundamental tiene –por así decirlo– dos momentos: un primer momento, en el que es un contenido amplio, pero *prima facie*; un segundo, tras la aplicación del test de proporcionalidad, en que es un contenido reducido pero definitivo. El contenido esencial viene a identificarse con lo que queda después de la aplicación del principio de proporcionalidad.

³⁹ Utilizo los términos de BERNAL PULIDO, C en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 403 y ss.

dura –el hueso- y una parte blanda –la carne-; esta última es limitable por el legislador, no así la primera, la que constituye en puridad el contenido esencial del derecho, la parte infranqueable al legislador, su «núcleo indisponible o irreductible» (SSTC 37/1981, fj 2; y 101/1991, fj 2) ⁴⁰.

- En segundo lugar, está la teoría interna (defendida entre nosotros por DE OTTO, siguiendo la estela de MULLER)⁴¹, que se aparta de la anterior en que no escinde el contenido del derecho fundamental en dos partes diferenciadas: todo el contenido es protegido absolutamente frente al legislador, que no puede limitarlo. Este contenido se “delimita” en cada caso concreto no con arreglo al principio de proporcionalidad, que se rechaza, sino mediante una interpretación “constitucional” y, por tanto, también a la luz de los límites que se derivan de la Constitución⁴². Si la ley restringe una posición jurídica que pueda adscribirse dentro de ese contenido del derecho fundamental (el programa o ámbito normativo), es inconstitucional, cualquiera que sea el grado de restricción⁴³.

- En tercer lugar, está la teoría temporal-absoluta (defendida por JIMÉNEZ CAMPO⁴⁴), que también rechaza la escisión del contenido del

⁴⁰ Como se ve, en la teoría espacial-absoluta, el objetivo de proteger absolutamente el derecho fundamental se instrumenta dividiendo el contenido del derecho en dos partes.

⁴¹ DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución»; en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, ob. cit., págs. 94 y ss..

⁴² Los límites de cada derecho son internos a él (y por eso esta teoría se llama interna) y son exclusivamente los que se derivan de la Constitución. La ley, cuando regula el ejercicio de los derechos fundamentales, no los limita externamente -en aras de la protección de otros derechos o bienes constitucionales-, sino que concreta los límites constitucionales que cada derecho tiene.

⁴³ Frente a la teoría relativa, la teoría interna sostiene que el contenido del derecho fundamental es desde el primer momento un contenido definitivo, de manera que el control de constitucionalidad de la ley consiste en averiguar en cada caso concreto si la posición jurídica limitada por la ley se adscribe a ese contenido definitivo. Se trata de un contenido definitivo pero reducido, porque integra los límites derivados de la Constitución: la teoría interna es una teoría reducida del supuesto de hecho.

⁴⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*; ob. cit., pág. 66 y ss.

derecho fundamental de la teoría espacial-absoluta⁴⁵ y propone que el contenido esencial sea entendido con arreglo a un criterio temporal: el contenido esencial no es un núcleo o reducto interno del derecho, sino «lo que ha de permanecer vivo pese al tiempo; lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo»⁴⁶. Es una teoría absoluta, porque el contenido esencial (lo que permanece siempre) no se puede limitar por el legislador; pero es también una teoría del caso concreto —como la relativa— porque ese contenido esencial no se puede determinar o reconocer *ex ante*, sino dentro de cada proceso de constitucionalidad, al enjuiciar en concreto la ley⁴⁷. Esta determinación no viene de la mano de la «composición salomónica que la proporcionalidad ofrece»⁴⁸ sino de la «apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, proporciona al intérprete»⁴⁹: el control de constitucionalidad consiste en enjuiciar si en la regulación legal «resulta reconocible o no la imagen del derecho que viene dada por las "ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas"»⁵⁰.

⁴⁵ Precisamente por dar una comprensión espacial o topográfica del contenido del derecho. Esta visión escindida del derecho fundamental es: «contradictoria», y la contradicción reside en «la admisión que así se viene a hacer de un espacio "débil" o franqueable en el derecho constitucional, cuyo rango, sin embargo, parece inconciliable con tal disponibilidad parcial del derecho para el legislador»; es «ilusoria», y la ilusión «no es otra que la de concebir un "núcleo" firme e inalterable que pudiera ser definido y captado *ex ante* y en abstracto y que resultara, en términos absolutos, inmune al cambio legislativo»; y, por último, es «confusionista», porque «la comprensión escindida del derecho puede conducir ya a la asunción anticipada de que una "parte" del mismo ha de ser necesariamente "cedida" al legislador, ya a entender, en otra hipótesis, que lo que éste "añada" a su núcleo indisponible adquiera el carácter, también, de derecho fundamental, aunque sea —nueva paradoja, prescindible o eliminable» (JIMÉNEZ CAMPO: *ibidem*, págs. 70-71).

⁴⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 71.

⁴⁷ «El derecho fundamental se reconoce o no al enjuiciar la ley y en esto consiste su defensa jurisdiccional»; es decir, «la interpretación de lo que sea el derecho fundamental (esto es, su "contenido esencial") no puede preceder al juicio [de constitucionalidad]» (JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, págs 71 y 73).

⁴⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 73.

⁴⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 71.

⁵⁰ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 72.

Decía que tanto la posición absolutista como la relativista tienen flancos débiles, algunos más débiles que otros. Empezando por la posición absolutista, se achaca a la misma el que el legislador parece quedar en libertad de disponer absolutamente del contenido no esencial del derecho fundamental, que también es contenido constitucional. Esta objeción se ha sorteado, bien no escindiendo el contenido del derecho fundamental (como hacen la teoría interna y la teoría temporal-absoluta⁵¹), bien manteniendo esta escisión, pero añadiendo un límite adicional al legislador cuando limita el contenido no esencial, que no es otro que la proporcionalidad (es la llamada teoría mixta⁵²). Creo, sin

⁵¹ BERNAL PULIDO encuentra una contradicción en la posición de JIMÉNEZ CAMPO. Para este último, los derechos fundamentales, como derechos creados por la Constitución, preexisten al legislador y tienen un contenido esencial que no puede ser afectado por la ley. Ello significa –dice BERNAL– que «el contenido esencial es anterior a la ley, porque es imposible que el Legislador afecte algo que no existe». Sin embargo, –sigue diciendo BERNAL– esto no se compadece con la afirmación según la cual «el contenido esencial no preexiste ni a la ley, ni al juicio de constitucionalidad, sino que, precisamente, es construido por el juez mediante la interpretación»; y añade: «Lo que parece muy difícil de concebir, es que el Legislador tenga la obligación de respetar el contenido esencial, si el contenido esencial no existe antes de la expedición de la ley, ni del ejercicio del control de constitucionalidad. El legislador no puede estar vinculado por algo que no le precede. Por otra parte, tampoco es posible que el Tribunal Constitucional aplique el contenido esencial como parámetro en el juicio de constitucionalidad, y a la vez construya ese parámetro como resultado del propio juicio [...]. El Tribunal Constitucional no puede estar atado al contenido esencial, como criterio definitorio de la vinculación del Legislador, si el propio Tribunal es quien debe definir ese criterio en cada caso» [BERNAL PULIDO, C: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob.cit, págs. 439-440].

⁵² El máximo adalid, entre nosotros, de esta teoría, es MEDINA GUERRERO: vid. *La vinculación del legislador a los derechos fundamentales* (Mac Graw Hill, 1997); vid. también «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales»; 5 *Cuadernos de Derecho Público* (septiembre-diciembre 1998).

La teoría mixta es una teoría ecléctica, que integra la teoría espacial-absoluta y la relativa, en tanto distingue en el contenido de todo derecho fundamental dos partes: un contenido esencial, no restringible por el legislador, y un contenido periférico, que aquél puede restringir proporcionalmente. Pero para BERNAL PULIDO, ambas teorías son irrenconciliables desde el punto de vista metodológico, se excluyen mutuamente entre sí: «Mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho aisladamente, para intentar diferenciar el núcleo de la periferia, la teoría de la proporcionalidad analiza el derecho en sus relaciones con los demás derechos y bienes, para establecer una relación entre todos ellos. La idea de que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial, en donde no caben restricciones, presupone una observación del derecho en abstracto y en solitario; y la idea de que las restricciones a un derecho fundamental son admisibles si son

embargo, que la principal objeción del absolutismo es, primero, su excesivo absolutismo y, segundo, su imposibilidad. Excesivo absolutismo, porque lo que protege (el contenido esencial) lo protege absolutamente, bajo cualquier circunstancia, sin tener en cuenta que los derechos fundamentales no existen aislados, sino que co-existen con otros derechos o bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos en múltiples e indeterminados casos concretos: el absolutismo es una posición del todo o nada, que elimina toda ponderación en concreto entre normas constitucionales⁵³. Imposibilidad porque, si bien se puede hacer *a priori* una definición en abstracto del contenido esencial de un derecho, no se puede hacer *a priori* una definición de aplicación general, que sea capaz de sortear todas las colisiones posibles con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. La teoría espacial-absoluta busca lo que parece un imposible: diseñar *a priori* un ámbito material para cada derecho fundamental que sea capaz de prever todas las excepciones posibles a la aplicación de cada derecho fundamental derivadas de la aplicación de otras normas constitucionales⁵⁴.

proporcionales a las exigencias que derivan de otros derechos o bienes constitucionales, presupone una observación del derecho en concreto e implícito en el sistema de relaciones constitucionales» [BERNAL PULIDO, C.: *ibidem*, pág. 427].

⁵³ Si una ley concreta afecta el contenido esencial, sea cual sea la intensidad de la afectación y sea cual sea la razón constitucional que la avale, no hay nada que ponderar: la ley es inconstitucional. Si, por el contrario, no afecta a ese contenido esencial, esa ley puede hacer lo que quiera. La excepción la representa la teoría mixta, que admite la ponderación, aunque sólo en relación con el contenido no esencial.

⁵⁴ La teoría temporal-absoluta (y de alguna manera también las teorías internas) sugiere que la determinación de lo que sea contenido esencial no puede hacerse *a priori* (ex ante), sino en el caso concreto, en el momento en que se controla la ley. Pero en esta tesitura, habrá que reconocer que, si hay contenido esencial preexistente a la ley (porque, en caso contrario, no hay contenido constitucional, no hay derecho fundamental), este contenido es sólo *prima facie*, se encuentra a expensas de lo que se decida en el momento de controlar la ley; sólo será contenido *definitivo* después del control de constitucionalidad de la ley. Ello nos aproxima al relativismo, pero el relativismo propone un criterio elaborado para determinar el contenido definitivo del derecho fundamental (el principio de proporcionalidad), no así la teoría temporal-absoluta (como tampoco las teorías internas): apelar a la cultura jurídica (o a la interpretación constitucional) es útil para identificar el contenido abstracto del derecho fundamental (el contenido *prima facie*), pero se revela poco operativo para discernir racionalmente en numerosas ocasiones qué conductas

A la posición relativista se le ha achacado que menoscaba el principio de constitucionalidad, la primacía de la Constitución frente a la ley, porque al ponderar coloca en un mismo plano la norma legislativa limitadora y el derecho fundamental limitado. Esta objeción es fácilmente sorteable si se repara en que «lo que se pondera en un mismo plano no es el derecho fundamental intervenido con la ley que lo afecta, sino el derecho fundamental con la disposición constitucional que constituye el fundamento de la ley de intervención»⁵⁵: en un lado esta el derecho fundamental, en otro lado está el principio constitucional en que se apoya la ley para limitar el derecho fundamental: estos son los dos polos de la ponderación (constitucionales ambos)⁵⁶. Creo que la principal objeción

presuntamente limitadas por la ley caen dentro de ese contenido y qué conductas caen fuera de él (o dentro de sus límites internos).

Pongamos un ejemplo, extraído de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de empresa que antes se ha relatado. El ejemplo es el de la STC 92/1992, que declaró constitucional el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto disponía que, de no aceptar los representantes de los trabajadores las modificaciones adoptadas por el empresario, las aprobaría la autoridad laboral, previo informe del Ministerio de Trabajo. Aquí la conducta presuntamente limitada por la ley es la competencia del empresario de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo en defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores, que le es sustraída a aquél en beneficio de la Administración. La teoría interna y la espacial-absoluta nos dicen que o todo no nada: o la conducta limitada entra dentro del contenido esencial de la libertad de empresa (a la que es *inherente* el poder de dirección del empresario), en cuyo caso la ley es inconstitucional, o fuera de ella (o dentro del ámbito de un límite constitucional, en este caso la defensa de la productividad), en cuyo caso la es constitucional. La pregunta es: ¿a qué imagen de cultura cabe convocar para resolver la duda (teoría espacial-absoluta)?; ¿con arreglo a qué criterio decidimos que la conducta limitada entra dentro del ámbito normativo de la libertad de empresa o dentro del ámbito normativo de un límite constitucional a la misma (teoría interna)? Al final la decisión parece quedar al arbitrio, a la intuición del intérprete. Frente a ello, el relativismo nos dice que la conducta limitada cae *prima facie* dentro de la libertad de empresa, pero que el legislador puede limitarla al amparo de un fin constitucional (la defensa de la productividad) siempre que supere un triple test de proporcionalidad. Aquí al menos hay un criterio elaborado, aunque no infalible (porque ninguno lo es).

⁵⁵ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 484.

⁵⁶ Como se verá después en este mismo capítulo (vid. *infra*, apartado 5.2.1.2), el legislador puede justificar la limitación constitucional en un fin constitucional (otro derecho fundamental o bien constitucional) o en un fin no constitucional que no esté prohibido por la Constitución, al amparo de su libertad para fijar los fines legítimos que quiera (el legislador no es ejecutor de la Constitución). En este segundo supuesto no reaparece la objeción de menoscabo del principio de constitucionalidad, porque el principio constitucional en que se apoyará la ley será un principio constitucional formal, la competencia

que procede hacer al relativismo es precisamente el exceso de relativismo, que puede ser devastador para los derechos fundamentales. En efecto, para el relativismo el contenido esencial (el contenido definitivo) es lo que queda del derecho fundamental después de aplicar el principio de proporcionalidad, y bien puede ocurrir que tras la proporcionalidad no quede nada: como dice PRIETO SANCHIS, así entendida, «la cláusula del contenido esencial podría llegar a tolerar en algún caso la eliminación o sacrificio completo del derecho, justamente en aquellos casos en los que la intervención legislativa se muestre suficientemente justificada en aras de la protección de un interés constitucional»⁵⁷. El riesgo de que, al parir del principio de proporcionalidad, se sacrifique absolutamente un derecho fundamental en el altar de otro principio constitucional, es algo que no tienen en cuenta los relativistas.

3.2. Absolutismo y relativismo en la libertad de empresa.

Sería imperdonable hacer un recorrido a la contraposición doctrinal entre absolutismo y relativismo sin descender a su plasmación en la libertad de empresa. Esta contraposición se puede visualizar muy bien haciendo mención, por un lado, a la tesis de ARAGON REYES⁵⁸ y, por otro, a la tesis de PAZ-ARES y de ALFARO AGUILA-REAL⁵⁹. El primero

del legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), que no le impone un catálogo cerrado de fines. También puede apoyarse la ley en el artículo 66.2 CE y el binomio principio democrático-valor "pluralismo político" (art. 1.1. CE). Lógicamente, la fuerza de este principio formal es menor que la del principio material, lo que ha de ser tenido en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (como se verá después).

⁵⁷ PRIETO SANCHIS, L.: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades»; en *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Trotta, 2003), pág. 233.

⁵⁸ ARAGON REYES, M.: «Constitución y libertad de empresa»; en *Libertades económicas y Estado Social*, ob. cit., pág. 1 a 34; y «El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa» (en prensa). Las citas serán siempre del primer trabajo, salvo indicación en contrario.

⁵⁹ PAZ-ARES, C. y ALFARO-AGUILA REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., págs. 5871 y ss.

opta por un entendimiento absoluto del contenido esencial de la libertad de empresa⁶⁰, los segundos apuestan por un entendimiento relativo, por la identificación del contenido esencial de la libertad de empresa con el principio de proporcionalidad.

ARAGON REYES es consciente de las dificultades extraordinarias que plantea determinar cuál sea el contenido esencial de la libertad de empresa si se parte de un entendimiento absoluto del mismo, habida cuenta de la «intensidad y diversidad de títulos constitucionales de intervención pública en la ordenación y realización de actividades económicas»⁶¹. Pero se anima a ello y apuesta por la libertad de empresa como derecho subjetivo en cuyo contenido esencial no ha de faltar un ingrediente si quiera mínimo, pero absoluto, de libertad⁶². Este ingrediente absoluto de libertad no se encuentra en la libertad de entrada y salida, tal y como postula DE JUAN⁶³. Esta tesis se topa con la realidad de sectores

⁶⁰ Para ser más exactos, apuesta por la teoría temporal-absoluta en lo que respecta al contenido esencial, y por el principio de proporcionalidad en lo que respecta al contenido periférico. Esto es lo que aparece visiblemente en su segundo trabajo.

⁶¹ Ob. cit., pág. 19.

⁶² ARAGON REYES se enfrenta así a la tesis de RUBIO LLORENTE, que, desde la consideración de la libertad de empresa como garantía de instituto, parece identificar el contenido esencial de esta (la imagen maestra sería más exacto) con el principio de igualdad: «Lo que la libertad de empresa significaría no es que todas las empresas gozasen de igual grado de libertad, sino que esa libertad sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad» (ob. cit., pag. 21). Esta tesis tiene dos problemas fundamentales, que señala certeramente ARAGON. El primero es que puede hacer desaparecer la libertad del contenido esencial de la libertad de empresa: «la igualdad se presenta como el único elemento absoluto (esto es, esencial) del contenido, como único límite de límites; la libertad, entonces, no se manifiesta como un elemento absoluto, sino relativo: siempre que se preservase la igualdad parece que podría ilimitadamente (de manera justificada y según el criterio de la proporcionalidad, claro está) restringirse la libertad» (ob. cit., pág. 23). El segundo problema es que diluye la libertad de empresa del artículo 38 CE en la igualdad del artículo 14: «la libertad de empresa dejaría de ser un derecho propio (distinto a otro, como es el de la igualdad) para convertirse sólo en una de las proyecciones que la igualdad alcanza (exactamente sería la proyección de la igualdad en la realización de actividades económicas, o si se quiere, en el mercado» (ob. cit., pág. 25).

⁶³ Para DE JUAN «son legítimas todas las limitaciones impuestas por la Ley, con tal que respeten la libertad del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación. [...] En cada área de la economía la libertad del empresario se mueve dentro de un marco más o menos amplio y sometido a unos condicionamientos más o menos exigentes. La libertad de empresa,

(como el de las entidades de crédito) en los que el inicio de la actividad está sujeto a autorización previa y en los que se puede revocar esta autorización, esto es, se puede imponer forzosamente el cese de la actividad. Aquí no hay libertad de entrada y salida⁶⁴, pero «sería una exageración muy poco razonable» decir «que en los supuestos de autorización administrativa previa (y abandono forzoso) no hay libertad de empresa, sino concesión pública, lo que significaría aceptar que el sector está publicitado por más que se diga que es sector privado y no público de la economía»⁶⁵. Al final, la solución realista (pero absoluta) que se impone es la siguiente: «En cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también ese reducto sea mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública»⁶⁶.

La tesis de ARAGON resuelve los problemas de la posición defendida por DE JUAN y parece esquivar todas las posibilidades razonables de limitar la libertad de empresa. Pero estas posibilidades siempre vuelven, y así lo ponen de manifiesto PAZ-ARES y ALFARO ÁGUILA-REAL. Para estos autores, el planteamiento de ARAGON, por un lado, «parece contradictorio con la posibilidad establecida en el artículo 128 CE de reservar al Estado un sector económico completo ya que en tal sector, el

considerada en su calidad de derecho subjetivo, queda a salvo siempre a salvo siempre que el empresario permanezca libre de introducirse en ese sector o abandonarlo» [DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, ob. cit., págs. 160-161].

⁶⁴ «¿Puede decirse entonces, respecto de las entidades de crédito (y algo parecido podría decirse también en el campo de los seguros y en algunos otros) que el empresario es libre de introducirse en el sector o abandonarlo? ¿Puede considerarse como un derecho el acceso a la actividad bancaria si está sometido a autorización previa? ... Por principio, un derecho que necesita para su ejercicio de previa autorización del poder público no es realmente un derecho, sino una simple concesión, aun en el caso ... de que esa autorización se manifieste como una potestad reglada y no discrecional» (ob. cit., pág. 32).

⁶⁵ Ob. cit., págs. 32-33.

⁶⁶ Ob. cit., pág. 33.

acceso de los particulares estaría completamente vedado»; y, por otro lado, «tampoco explicaría por qué no son inconstitucionales las prohibiciones absolutas de desarrollar económicamente determinadas actividades como el comercio de órganos humanos o la mediación en el mercado laboral»⁶⁷. En verdad, para estos dos juristas, «parece un esfuerzo inútil tratar de aislar un “*reducto mínimo de libertad absoluta para iniciar y proseguir actividades empresariales*” en el que sea ilegítima cualquier intervención pública, por la razón de que, en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias puede resultar legítima»⁶⁸.

En consecuencia, optan por un entendimiento relativista del contenido esencial de la libertad de empresa (un derecho fundamental como los

⁶⁷ Ob. cit., pág. 6011. La primera objeción puede sortearse diciendo que el contenido esencial de la libertad de empresa es resistente a la ley, pero no a la Constitución misma, que en el artículo 128 establece una cláusula de excepción de la libertad de empresa (como lo es la inviolabilidad del Rey o la inmunidad parlamentaria respecto de la igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva). La segunda objeción no parece sorteable.

Añaden los autores otras dos objeciones a la tesis de ARAGON que tienen menos fundamento. Así, con la tesis de ARAGON «se acabaría por legitimar un intervencionismo público de alcance muy superior al previsto por el propio constituyente, porque parece bastante razonable afirmar que el reducto de autonomía en la dirección de la empresa que el Estado está obligado a reservar es mucho más amplio en una empresa de alquiler de automóviles que en una empresa bancaria. En muchos sectores *debe ser inconstitucional* una ley – reguladora del mercado de zapatos, por ejemplo– que limite el número de empresas que pueden existir o que exija una formación y titulación específica para poder desarrollar la actividad» (ob. cit., pág. 6011). La crítica no tiene en cuenta que lo no protegido absolutamente no deja de estar protegido para ARAGON: el contenido periférico está protegido por la proporcionalidad, siendo así que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una medida limitadora de la libertad de empresa se juzga siempre a la luz de la peculiaridad del caso concreto. Lo protegido absolutamente es igual para todos los sectores económicos, pero lo protegido por la proporcionalidad puede ser distinto para cada uno de ellos.

En fin, tampoco es justo que los autores achaquen a la propuesta de ARAGON el ser «escasamente útil en cuanto no proporciona *criterios de enjuiciamiento* de la legitimidad de la inmiscusión de los poderes públicos en la actividad económica privada» (*ibidem*). No es cierto que ARAGON no proporcione tales criterios: se remite a la proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento para juzgar esa “inmiscusión” en el contenido no esencial, y declara que en ningún caso es admisible “inmiscusión” en el contenido esencial. Se podrá estar o no de acuerdo con estos criterios pero, desde luego, son criterios.

⁶⁸ Ob. cit., pág. 6011.

demás). Este derecho es definido en términos muy amplios: la libertad de empresa consiste en la libertad de ganarse la vida por medio de una actividad empresarial, y la actividad empresarial la definen como cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado⁶⁹. Así definido, toda norma que limita la libertad de empresa es constitucional si supera el test de proporcionalidad⁷⁰. Para PAZ-ARES y ALFARO, este modo de entender el contenido esencial de la libertad de empresa es lo más "honesto y convincente"

4. LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: MI POSICIÓN.

4.1. Premisa.

Mi tesis sobre este crucial asunto parte de la insatisfacción que me produce el entendimiento la posición absolutista, a la que —sin embargo— me siento inclinado "sentimentalmente": es hermosa la idea de proteger un ámbito de inmunidad absoluta de los derechos fundamentales (que son también mis derechos) frente al legislador. Pero creo que a la postre el esfuerzo por construir una barrera material —un muro— a la acción del legislador deviene imposible⁷¹, y este es el caso de la libertad de

⁶⁹ Ob. cit., págs. 5973 y 5977.

⁷⁰ Para PAZ-ARES y ALFARO, «hay una *limitación* de la libertad de empresa siempre que el Estado *sustituye a los consumidores y a los empresarios* como sujetos que deciden sobre la asignación de recursos y, en general, siempre que se les *sustituye en la toma de decisiones económicas*» (ob. cit., pág. 6022). No entiendo la referencia a los consumidores, que no son titulares de la libertad de empresa.

⁷¹ Conviene matizar doblemente esta afirmación. Por una parte, algún derecho hay en nuestra Constitución cuyo contenido esencial puede construirse como una barrera *material* absoluta. Me refiero, por ejemplo, al derecho fundamental a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes, que no admite limitación alguna: la norma del artículo 15 sólo padece de indeterminación semántica (¿qué es tortura o trato inhumano o degradante?), pero no de indeterminación en su aplicación (cualquier conducta que caiga

empresa: siempre se podrán encontrar razones "razonables" para limitarla y, por tanto, para interferir en el contenido esencial "absoluto" que con toda la ilusión del mundo se haya podido construir⁷².

Creo que esta imposibilidad responde a que la visión absoluta del contenido esencial (en el sentido de barrera *material*) no tiene en cuenta la indeterminación que aqueja a las normas sobre derechos fundamentales, que no sólo es una indeterminación semántica, sino también de condiciones de aplicación. Sobre ello volveré enseguida, pero aquí quiero apuntar una idea: el absolutismo aborda el asunto del contenido esencial de los derechos fundamentales con arreglo a un modelo de reglas: o una conducta limitada por la ley entra dentro del ámbito inviolable previamente definido, en cuyo caso es siempre inconstitucional, o no, en cuyo caso es siempre constitucional⁷³. Pero la las normas constitucionales sobre derechos fundamentales son normas de estructura abierta, que se resisten en la mayoría de las ocasiones a una aplicación silogística y que exigen una ponderación en los casos concretos; esto es, son normas que se acomodan más al modelo de los principios que al de las reglas⁷⁴. La normatividad de la Constitución, unida

dentro del concepto de tortura o trato inhumano o degradante está *absolutamente* prohibida). Por otra parte, no es descartable que alguna parte del contenido esencial de un derecho fundamental se conciba de forma absoluta. Sin ir más lejos, la libertad de empresa incluye entre sus posiciones esenciales tanto el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial como el derecho a no ser obligado a continuar en ella si uno no quiere: es razonable pensar que la prohibición de imposición forzosa del ejercicio de una actividad empresarial es absoluta, no admite excepción alguna.

⁷² Al final, el esfuerzo se vuelve una condena semejante a la que tuvo que padecer Sísifo (o que aún padece, ya que al parecer la condena que se la impuesto es eterna). Como se sabe, Sísifo fue obligado por los dioses a subir un enorme peñasco a una alta cima del inframundo y, cuando estaba a punto de lograrlo, volvía a caérsele y tenía que subirla de nuevo.

⁷³ Salvo que se defienda una concepción mixta, obviamente.

⁷⁴ La noción de "principio" a la que me acojo es la que proponen ATIENZA y RUIZ MANERO en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel Derecho, 1996). Dentro de una clasificación más amplia de los enunciados jurídicos, configuran las reglas y los principios como enunciados deónticos (mandan, prohíben o permiten algo). El criterio diferenciador entre unas y otras estriba en que las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación: si se da el supuesto de hecho X, entonces debe aplicarse siempre la consecuencia Y; los principios, por el contrario, configuran de forma abierta esas condiciones de aplicación. Dentro de las reglas, distinguen entre reglas de

a la estructura "principal" de buena parte de sus normas (no sólo las de derechos fundamentales), afecta inevitablemente a la interpretación jurídica, que, en la medida en que debe incluir la Constitución, deja de ser exclusivamente silogística para incluir la ponderación. En la interpretación constitucional hay casos fáciles, solucionables con arreglo al modelo de reglas, pero sobre todo proliferan los casos difíciles, en los que se chocan principios constitucionales; en estos casos no es posible la aplicación silogística y es necesario ponderar.

El razonamiento anterior me conduce al principio de proporcionalidad, pero no exactamente a la teoría relativa. Esta teoría identifica el contenido esencial con el principio de proporcionalidad: lo que es desproporcionado y sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial. Ello significa, en palabras de ALEXY, que «la garantía del contenido esencial [...] no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales»⁷⁵. Sin embargo, opino con BERNAL PULIDO que *lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial, pero no sólo lo que es desproporcionado*

acción y reglas de fin: las primeras califican deónticamente (ordenan, prohíben o permiten) una conducta, las segundas califican deónticamente la obtención de un fin o estado de cosas. Paralelamente, dentro de los principios distinguen entre principios en sentido estricto y directrices: los primeros califican deónticamente (ordenan, prohíben o permiten) una conducta, los segundos califican deónticamente un estado de cosas. Lo que distingue estructuralmente un principio en sentido estricto de una directriz es que esta última configura de forma abierta no sólo las condiciones de aplicación, sino también el modelo de conducta. Dicho de otra forma, lo abierto en la directriz no sólo es *si se aplica la norma*, sino también *el cómo se aplica*.

Las normas sobre derechos fundamentales tienen la fisonomía de principios (de principios en sentido estricto las que reconocen derechos de libertad, de directrices las que reconocen derechos de prestación). Pero tiene razón PRIETO SANCHIS cuando dice que esa fisonomía no la tienen estructuralmente (*a priori*) sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales [Vid. PRIETO SANCHIS: «El juicio de ponderación constitucional»; en LAPORTA, F. J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos*; *ob. cit.*, pág. 231]. Por ello conviene matizar la clasificación de ATIENZA y RUIZ MANERO: las normas sobre derechos fundamentales se configuran como principios en caso de colisión con otros derechos o bienes constitucionales.

⁷⁵ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, pág. 291.

vulnera el contenido esencial⁷⁶. Hay casos fáciles, en los que no es necesaria la argumentación compleja en que consiste el test de proporcionalidad para saber si una norma legislativa lesiona o no el contenido esencial de la libertad de empresa (y los veremos). Pero también hay casos –que podemos llamar excesivos–, en los que la aplicación del principio de proporcionalidad puede legitimar el entero sacrificio de un derecho fundamental (y este es la principal debilidad de la teoría relativa). En estos casos la proporcionalidad no sirve para garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales y se hace preciso construir una barrera absoluta, distinta de la relativa en que consiste la proporcionalidad, pero distinta de la material que postula el absolutismo (y lo veremos también)⁷⁷.

Con estas modulaciones, creo que el principio de proporcionalidad es el mejor criterio para determinar la regla de respeto por el legislador del contenido esencial de los derechos fundamentales, contenida en el artículo 53.1 CE, o el menos malo⁷⁸. Lo creo, porque es un criterio racional, y más racional que los que ofrecen otras teorías; no garantiza la racionalidad absoluta (ningún criterio lo es)⁷⁹, pero tampoco se abandona al intuicionismo, sino que garantiza un alto grado de elaboración y precisión conceptual: como dice PRIETO SANCHIS, interpretando a ALEXYY, «la ponderación no es “tan racional” como para asfixiar la discrecionalidad legislativa mediante la imposición en todo caso de una única solución correcta o verdadera, ni “tan poco racional” como para

⁷⁶ BERNAL PULIDO. C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 561.

⁷⁷ En esto me aparto de BERNAL PULIDO, que no contempla barreras absolutas a los derechos fundamentales.

⁷⁸ Quedan fuera de la aplicación del principio los casos fáciles y los casos excesivos.

⁷⁹ Dice bien BERNAL: «la objetividad o la racionalidad jurídica absoluta son ideales cuya consecución resulta inverosímil en un campo tan controvertido y tan conexo con las ideologías como el de los derechos fundamentales, que a su vez está regulado por disposiciones señaladamente indeterminadas» [BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 64].

autorizar cualquier solución subjetiva por parte del juez»⁸⁰. Lo creo, también, porque es un criterio que se acomoda perfectamente a la naturaleza "principal" de las normas sobre derechos fundamentales: los conflictos entre principios reclaman ponderación y la proporcionalidad es la técnica adecuada para ello. Lo creo, por último (y dicho sea a mayor abundamiento), porque es un criterio que responde a la cultura jurídica europea actual: al margen de su aplicación interna en otros países (singularmente Alemania), el principio de proporcionalidad se aplica continuamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene eficacia interpretativa de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE); y también –como sabemos– por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al objeto de enjuiciar la "comunitariedad" de las medidas que obstaculizan las libertades fundamentales del Mercado Único, lo que tiene repercusiones evidentes sobre el derecho fundamental de libertad de empresa.

4.2. Mi posición.

1. Sobre el destinatario de la norma contenida en el inciso segundo del apartado 1 del artículo 53 CE.

La norma que obliga a respetar el "contenido esencial" de los derechos fundamentales contiene *un mandato de alcance particular, dirigido sólo al legislador*.

Así se infiere del tenor literal del segundo inciso del apartado 1 del artículo 53 CE y así lo dicta la lógica de la norma: en palabras de JIMÉNEZ CAMPO, «la calificación de "esencial" se inscribe

⁸⁰ Para PRIETO, en el «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales» (publicado en el número 66 de la REDC), Alexy parece empeñado en hacer compatible estas dos ideas. Vid. PRIETO SANCHIS: «El juicio de ponderación constitucional»; en LAPORTA, F. J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), pág. 244 (nota 56).

inequívocamente en el juego lingüístico de las expresiones que entreabren el objeto protegido a la acción transformadora de su entorno [...]. Aquella acción transformadora es, para los derechos fundamentales, sólo la acción del legislador, única en favor de la cual [...] puede flexibilizarse el principio de constitucionalidad, flanqueado por el democrático y el pluralista (art. 1.1 CE)»⁸¹.

A la Administración y a los jueces –los aplicadores del Derecho– no les vincula sólo el contenido esencial, sino todo el derecho fundamental, tal como ha sido concretado por el Tribunal Constitucional y el legislador. En particular, los jueces, sometidos como están al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), no pueden desmarcarse de la concreción del contenido esencial de un derecho fundamental que haya hecho la ley bajo el pretexto de que esta ley conculca el contenido esencial de otro derecho fundamental o de que contradice cualquier otra norma constitucional. Pueden hacer, en la medida de lo posible, una interpretación de la ley conforme a la Constitución, porque tienen competencia de *interpretación* de la Constitución (aunque la última palabra al respecto la tiene el Tribunal Constitucional), pero en ningún caso pueden hacer una interpretación de la Constitución *contra legem*, porque no tienen competencia de *rechazo* de la ley; esta competencia es monopolio del Tribunal Constitucional⁸².

II. Sobre la naturaleza de la norma.

⁸¹ Y añade: «Para el Poder Judicial no hay distingo pertinente entre contenido “esencial” e “inesencial” del derecho: este se afirma íntegramente, en su delimitación constitucional y legislativa, como derecho, sin más, que ha de ser reconocido y amparado por la jurisdicción» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*; ob. cit., pág. 69].

⁸² Esto es, sin duda, una obviedad, pero una obviedad que hay que recalcar. Los jueces se encuentran en ocasiones ante colisiones entre principios constitucionales, particularmente entre derechos fundamentales, por lo que se ven obligados a ponderar entre ellos. Pero si el legislador ha establecido una regla aplicable al caso que resuelve esa colisión, el juez no puede inaplicar esa regla para aplicar la regla que extraiga de su propia ponderación. *Porque está sometido al imperio de la ley, el juez no puede sustituir la ponderación legislativa por la suya propia.* Sobre esto se volverá en el capítulo siguiente.

La norma que manda al legislador respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales es una *regla constitucional*, que, como tal, sólo admite su cumplimiento si se da el supuesto de hecho previsto en la misma (si una ley no respeta el contenido esencial de un derecho fundamental, esa ley es inconstitucional y debe ser invalidada), a no ser que sea exceptuada por otra regla constitucional. El contenido esencial de los derechos fundamentales resiste frente a la ley, pero no frente a la Constitución misma, que puede prever excepciones a la aplicación de las normas de derechos fundamentales. Así, la regla que obliga a la ley a respetar el contenido esencial de la libertad de empresa (artículo 53.1. en conexión con el artículo 38) se exceptiona por la Constitución en el segundo inciso del apartado 2 del artículo 128 CE, que excluye del ámbito de aplicación de este derecho fundamental los recursos o servicios esenciales reservados al sector público o las empresas intervenidas mediante ley.

La regla constitucional contenida en el segundo inciso del apartado 1 del artículo 53 CE (llamémosla "regla del contenido esencial" para abreviar) es una *regla de resolución de contradicciones entre normas (antinomias)*. Esta regla viene a zanjar la contradicción en que puede incurrir una ley con las disposiciones constitucionales que enuncian derechos fundamentales, y lo hace apelando a la superior jerarquía de la Constitución⁸³: cuando una ley no respeta el contenido esencial de un

⁸³ Dice SOLOZÁBAL: «la indisponibilidad del contenido esencial para la ley no se deriva de la prohibición del artículo 53 CE sino de la propia posición constitucional del legislador a quien obviamente le está vedado, de acuerdo con la idea normativa de la Constitución, una actuación desfiguradora de la misma, tampoco posible en materia de derechos fundamentales. Así, la cláusula a que nos referimos tendría antes bien un carácter declarativo, explicable entonces por razones de política legislativa más que de estricta técnica constitucional» [SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: «Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales»; 4 *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2001), pág. 119].

No obstante, JIMÉNEZ CAMPO sugiere que en este inciso final del artículo 53.1 CE «se vea no un recordatorio insustancial de que también las normas que declaran derechos fundamentales son, cómo no, canon de constitucionalidad, sino una afirmación de competencia específica, de conformidad con la cual corresponde al Tribunal Constitucional identificar, de modo constructivo, esa realidad, preexistente a la ley en su contenido esencial, que es el derecho

derecho fundamental, contradice la Constitución y debe ser invalidada. La contradicción es, por tanto, entre Constitución y ley, y se resuelve a favor de la Constitución, como no puede ser de otra forma.

Ocurre que esta es la contradicción visible. En esta contradicción se quedan las teorías absolutas, que operan bajo el criterio de todo o nada: si la limitación legislativa entra en el ámbito protegido del derecho fundamental, que unos llaman contenido esencial (las teorías absolutas del contenido esencial) y otros llaman contenido constitucional (las teorías normativas), la consecuencia es siempre la invalidez de la ley y, en caso contrario, su validez. Pero el principio de proporcionalidad, entendido como yo la entiendo –como un criterio para aplicar la regla del contenido esencial en los casos no fáciles, como se verá después- tiene la virtualidad de hacer aflorar, como trasfondo del conflicto entre Constitución y ley, un conflicto entre normas constitucionales o, más propiamente, entre principios constitucionales: por un lado, está el derecho fundamental, por otro lado, está el principio constitucional (la razón constitucional) en el que se apoya la ley para intervenir en el derecho fundamental⁸⁴. Este conflicto de fondo excluye el “todo o nada” y obliga ponderar. Es el resultado de esa ponderación lo que determina la suerte del conflicto visible: si tras ella tenemos que la limitación legislativa no es desproporcionada, no hay contradicción entre Constitución y ley y viceversa. El test de proporcionalidad se configura así como una *regla de resolución de conflictos entre normas constitucionales (configuradas como principios) que sirve para determinar si hay contradicción entre la Constitución y la ley*. En otras palabras, es una regla de resolución de una antinomia *en concreto* (la

fundamental» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, ob. cit., pág. 53].

⁸⁴ Un principio material o formal (el que se deriva de la competencia del legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales –art. 53.1 CE-, o el mismo principio democrático y el valor pluralismo político –art. 1.1. CE-).

que enfrenta a principios constitucionales), que sirva para determinar si hay o no una antinomia *en abstracto* (entre la Constitución y la ley) ⁸⁵.

Por lo demás, la regla constitucional se proyecta sobre cualquier *limitación* legislativa, esto es, sobre cualquier *afectación negativa o desventajosa a un derecho fundamental*. Esta afectación negativa se produce, bien porque la ley *elimina jurídicamente* una posición jurídica que pueda adscribirse al derecho fundamental (afectación *jurídica*), bien porque *impide o dificulta* en la práctica el ejercicio de las acciones o menoscaba el *status* de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado (afectación *fáctica*). En definitiva, la afectación negativa se produce si la ley conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se vea disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal⁸⁶.

III. Sobre el parámetro de control (el "contenido esencial" del derecho fundamental).

⁸⁵ La distinción entre antinomias en concreto y en abstracto la tomo de PRIETO SANCHÍS, que a su vez la toma de GUASTINI [Vid. PRIETO SANCHÍS: «El juicio de ponderación constitucional»; en LAPORTA, F. J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos*; ob. cit., pág. 223]. La antinomia en abstracto es propia del discurso de validez, y se produce cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente de forma tal que siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra (una norma que prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico). La antinomia en concreto es propia del discurso de aplicación, y se produce cuando no se puede definir en abstracto la contradicción, ni se conocen por adelantado los supuestos o casos de aplicación. Los antinomias entre normas constitucionales son muy frecuentemente de este segundo tipo: se sabe que la norma que reconoce la libertad de empresa es potencialmente contradictoria con las normas que reconocen derechos fundamentales a los trabajadores, pero no se sabe de antemano cuándo se va a producir la contradicción.

⁸⁶ La distinción entre afectación jurídica y fáctica lo tomo de BERNAL PULIDO, quien, no obstante, prefiere denominar "intervención" a lo que yo llamo "limitación". La preferencia por este último término la justifico por su empleo usual en la doctrina y la jurisprudencia y porque el término "intervención" puede conducir a equívocos: el legislador "interviene" un derecho fundamental no sólo cuando lo "afecta" negativamente, sino también cuando incide en él "positivamente", cuando lo configura o lo "maximiza". Sobre los conceptos de limitación, configuración y maximización en relación con la expresión "regulación" que emplea el artículo 53.1 CE me remito al capítulo siguiente.

No existe una parte del contenido del derecho (el contenido esencial) protegido por la regla constitucional y otra parte (el contenido adicional), desprotegido por ella⁸⁷. *La Constitución garantiza frente al legislador un solo contenido, que es, sencillamente, el contenido constitucional del derecho*⁸⁸.

Cuando la Constitución emplea la expresión "contenido esencial" no quiere distinguir a mi juicio entre una parte esencial y otra contingente dentro del contenido constitucional del derecho fundamental. Más bien pretende distinguir entre Constitución y ley, entre el contenido que preexiste a la ley (que es el contenido constitucional) y el que resulta de su regulación por el legislador (el contenido constitucional concretado legislativamente). Lo que quiere significar la regla de respeto al contenido esencial es que *lo que en esencia es el contenido constitucional de un derecho fundamental* no puede ser eliminado o dificultado más allá de lo razonable por la intervención del legislador. Desde esta perspectiva, *contenido constitucional, contenido esencial y esencia* del derecho fundamental designan una misma realidad, que preexiste a la acción del legislador y que este no puede desfigurar.

Ocurre que el contenido esencial o constitucional es por definición un contenido *indeterminado en sus casos o condiciones de aplicación*. Para comprender esta afirmación, es preciso darse cuenta de la indeterminación que aqueja a las normas constitucionales sobre

⁸⁷ Como ya se ha dicho, el llamado *contenido adicional* son facultades añadidas por el legislador (en ejercicio de su competencia maximizadora), y tales facultades no son contenido del derecho fundamental, sino derechos subjetivos de creación legal, aún cuando traen causa en el derecho reconocido o creado por la Constitución y, por tanto, están fuertemente conectados a él.

⁸⁸ Este postulado nos aleja de la concepción absoluta (tanto la material como la temporal) y nos acerca a las teorías internas. La diferencia con esta estriba en que aquí se defiende que ese contenido es limitable por el legislador, cosa que no admiten los defensores de la teorías internas, para quienes todo es un problema de delimitación constitucional: si la ley que presuntamente afecta a un derecho fundamental se inmiscuye en el ámbito normativo del derecho fundamental -necesariamente reducido y obtenido en virtud de una interpretación de las normas constitucionales- es inconstitucional; en caso contrario -en el que no cabe hablar de limitación del derecho fundamental-, la ley es constitucional y realmente no afecta al derecho fundamental.

derechos fundamentales. La indeterminación que caracteriza normalmente a estas normas (y, en general, a las normas constitucionales) tiene dos niveles, y puede tener incluso tres. Aquí nos interesan los dos primeros niveles⁸⁹:

- Un **primer nivel de indeterminación** es el **semántico**: ¿cuál es el significado del enunciado normativo "Se reconoce la libertad de empresa"? Esta indeterminación puede ser "intensional" o "extensional"⁹⁰: la primera afecta a las propiedades del concepto (¿qué es "empresa"?), la segunda al objeto que cae dentro del campo semántico de un concepto (¿qué facultades o posiciones jurídicas comprende la libertad de empresa?). La determinación *semántica* de la norma constitucional exige, obviamente, una interpretación jurídica (una interpretación constitucional), que tiene un órgano *natural y supremo*, el Tribunal Constitucional: es a éste a quien corresponde en última instancia determinar el significado de del concepto "empresa" y si la "libertad de empresa" comprende o no la autonomía organizativa del empresario o cualquier otra posición jurídica *iusfundamental*. Es esta determinación semántica la que nos proporciona las *posiciones iusfundamentales esenciales* del derecho fundamental.

- La determinación semántica no resuelve los problemas de indeterminación que aquejan a los enunciados constitucionales: por

⁸⁹ El tercer nivel posible de indeterminación es el de los casos o condiciones *particulares o individuales* de aplicación de los derechos fundamentales, que corresponde resolver al juez, pero también al Tribunal Constitucional en sede de recurso de amparo. El problema de indeterminación puede referirse a la subsunción o no de una norma general en el caso particular (subsunción en sentido estricto), o puede ser más complejo, en tanto puede verse sobre en la elección entre dos normas generales aplicables al caso particular (subsunción en sentido amplio). Esto último es muy frecuente en materia de derechos fundamentales, y obliga al juez a ponderar, a menos que el legislador ya haya hecho la ponderación aplicable al caso. Sobre esto se volverá en el capítulo siguiente.

⁹⁰ Sobre esta distinción, vid. GARCIA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico* (Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998) págs. 137 y ss.

seguir con el ejemplo de la libertad de empresa, puede interpretarse razonablemente que el contenido constitucional de la libertad de empresa engloba la autonomía organizativa del empresario, tal como dice el Tribunal Constitucional; ahora bien, ¿todo acto de ejercicio de autonomía organizativa por parte del empresario, está amparado por la norma constitucional? Obviamente no, porque, entre otras cosas, la autonomía organizativa del empresario puede chocar con derechos fundamentales de los trabajadores. Existe así **un segundo nivel de indeterminación: la indeterminación en los casos y condiciones generales de aplicación**⁹¹. Cuando la Constitución reserva a la ley la "regulación del ejercicio del derecho" (art. 53.1 CE), está atribuyendo al legislador precisamente esta misión: determinar los casos y condiciones generales de aplicación de los derechos fundamentales. Corresponde, por tanto, a la ley determinar el ámbito de validez de la autonomía organizativa del empresario, los poderes que comporta y las condiciones en que puede ejercerlos; esto es lo que hace, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores.

Las reflexiones anteriores ponen de relieve que lo que singulariza el contenido de los derechos fundamentales, como especie dentro del género "derechos subjetivos", es su indeterminación, tanto semántica como de aplicación. Respecto de ellos, la Constitución protege un "status", integrado por una o varias *posiciones iusfundamentales esenciales*, determinables con arreglo a una interpretación constitucional⁹², y estas posiciones son las que en puridad constituyen su *contenido esencial o constitucional*. Ahora bien, los casos y condiciones

⁹¹ Es esta indeterminación la que sirve de base a ATIENZA y a RUIZ-MANERO para distinguir estructuralmente entre "reglas" y "principios", como ya se ha dicho.

⁹² Que ha de ser siempre una interpretación *sensu largo*. La interpretación *sensu largo* consiste en determinar el significado de un enunciado normativo a solas, prescindiendo del caso concreto en que es aplicable; por el contrario, la interpretación *sensu stricto* implica atribución de significado a un enunciado normativo cuando existen dudas sobre ese significado en un caso concreto. Utilizo la distinción de Wróblewski: vid. WROBLESKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Civitas, 1988), pág. 22.

-tanto generales como particulares- de aplicación de estas posiciones no pueden determinarse *a priori*⁹³. Es al legislador a quien compete determinar con carácter general el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, a quien corresponde hacer el ajuste entre los diversos derechos y bienes constitucionales. En esta tarea el legislador se desenvuelve con libertad (la legislación no es ejecución de la Constitución), aunque esta libertad está jurídicamente limitada por el necesario respeto al contenido esencial (las posiciones "iusfundamentales" esenciales) del derecho regulado (y ahora se verá en consiste este respeto). En cualquier caso, la determinación legislativa goza de presunción de constitucionalidad o, mejor dicho, la ley es constitucional mientras no se demuestre lo contrario⁹⁴.

El contenido de cada derecho fundamental no es sólo su contenido esencial o constitucional, sino también su concreción legal. Es también el contenido que el legislador dice que es, y ello es coherente con el orden de valores sobre el que se asienta la Constitución, uno de los cuales es el pluralismo político, valor superior del ordenamiento que deber ser protegido y fomentado. Como dice con acierto SOLOZÁBAL,

⁹³ ¿Cómo se puede determinar *a priori* cuándo prevalece y cuando no el la autonomía organizativa interna del empresario en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores? Esta determinación sólo puede hacerse a la vista del caso concreto sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional, siendo así que en muchas ocasiones las cosas no están claras -son casos difíciles- y las teorías internas no ofrecen un criterio para resolver las dudas. A nuestro juicio, un criterio racional al respecto es la proporcionalidad. Pero el legislador tiene una función esencial que cumplir: la de reducir las dudas, transformando en *reglas generales* los *principios*, esto es, determinando con carácter general las condiciones de validez del poder de dirección del empresario sobre los trabajadores. Con ello no se resuelven todos los casos individuales de aplicación de este poder, pero sí se reducen ostensiblemente.

⁹⁴ Como observa con agudeza DE LORA, con arreglo al principio *in dubio pro legislatore*, «al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y ... ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*»; esto es, la presunción de constitucionalidad no opera *ex ante* sino *ex post*, «una vez comprobada que la "prueba de cargo" no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley [...]». El Tribunal presume que la ley es constitucional (aunque "de hecho" pueda no serlo) *una vez que* le quedan dudas al respecto; hasta ese momento la ley es constitucional al igual que el reo es inocente» [DE LORA, P.: «Justicia constitucional y deferencia al legislador»; en LAPORTA, F.J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), págs. 358-359].

«la Constitución ... no contiene cuanto hace posible un *orden constitucional* o sistema normativo que preside pero que en buena medida es decisión libre de quienes, en el marco constitucional, aprovechan sus potencialidades»⁹⁵.

IV. Sobre el “modus operandi” de la regla constitucional de respeto al contenido esencial.

Aunque la Constitución abre los derechos fundamentales a la acción transformadora del legislador (a la determinación en reglas generales) y, en este sentido, cumple una función de *apertura*, también prohíbe que su intervención sobre ellos sea incondicionada. Esta función de *cierre* es justamente la que cumple la regla del respeto al contenido esencial. Esta regla obliga a llevar a cabo dos operaciones: la primera, determinar el contenido esencial del derecho fundamental –que preexiste lógicamente a la acción del legislador-; la segunda, determinar si la limitación legislativa ha respetado o no ese contenido.

IV.1. La primera operación –**determinar el contenido esencial del derecho fundamental**– no es tarea fácil, porque la Constitución nunca (o casi nunca) proporciona datos suficientes. Pero se *puede* y, sobre todo, se *debe* llevar a cabo.

Se *debe* llevar a cabo para evitar dos resultados no deseados a los que puede conducir el empleo del principio de proporcionalidad. El primero es precisamente el abandono de todo esfuerzo por delimitar el contenido del derecho fundamental preexistente a la acción del legislador⁹⁶. Fiados a la concepción amplia del supuesto de hecho de la

⁹⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: «Principialismo y orden constitucional»; 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ob. cit., pág. 211.

⁹⁶ Lo que yo llamo contenido constitucional, contenido esencial o esencia del derecho fundamental. Si no hay un contenido que preexista a la acción del

norma de derecho "fundamental"⁹⁷, los "relativistas" hacen pocos esfuerzos por dar al derecho fundamental un contenido mínimamente preciso *a priori*, antes del caso concreto de limitación del derecho fundamental⁹⁸. Como dice certeramente MEDINA GUERRERO, «ante cualquier caso aparente de derechos fundamentales, el operador jurídico puede tender a aplicar inmediatamente el principio de proporcionalidad, sin parar mientes en comprobar previamente, como sería lo pertinente, si la concreta posición afectada se halla protegida por algún derecho fundamental y cuál es el alcance de la protección que éste le brinda»; esto es, «no se parte de un análisis dogmático del ámbito de cobertura del derecho pretendidamente concernido, para, en su caso, proceder a continuación a la utilización de este "límite de límites"; se comienza, precisamente, con la aplicación del principio de proporcionalidad al supuesto de hecho para derivar de aquí determinadas posiciones jurídicas que, en cuanto válidas por proporcionales, se consideran ya, sin mayor reflexión, por este sólo hecho, integrantes del contenido del derecho, por más que este resultado no soporte la luz de una indagación dogmática mínimamente rigurosa acerca de la delimitación del derecho en cuestión»⁹⁹.

Dicho en términos más vulgares, cualquier regulación legislativa que huela a limitación de un derecho fundamental determina la adscripción

legislador, este no limita (porque no se puede limitar lo que no existe) sino que crea ese contenido y, en consecuencia, no es un derecho fundamental (creado por la Constitución) sino legal (creado por la ley).

⁹⁷ Sobre la distinción entre concepción amplia y concepción estricta del supuesto de hecho, vid. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 298 y ss. Los "relativistas" defienden que el ámbito de libertad *prima facie* del derecho fundamental es muy amplio, prácticamente ilimitado (y ello es propio de una concepción liberal de los derechos fundamentales), pero este ámbito se abre al principio democrático, a las posibilidades de limitación del legislador, bien que someten estas posibilidades al límite de la proporcionalidad.

⁹⁸ Así, por ejemplo, para PAZ ARES y ALFARO AGUILA-REAL (relativistas), la libertad de empresa es «la libertad de ganarse la vida como uno quiera», por lo que «abarca la mayor parte de la actividad de las personas» [PAZ ARES y ALFARO AGUILA-REAL: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 6018].

⁹⁹ MEDINA GUERRERO, M.: «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales»; en 5 *Cuadernos de Derecho Público*, ob. cit., págs. 136-137.

prima facie de la posición jurídica limitada al ámbito protegido *prima facie* del derecho fundamental y, en consecuencia, determina la aplicación del test de proporcionalidad. Las cosas no son (no deben ser) así y, desde luego, este resultado no es achacable al principio de proporcionalidad, sino a su uso inadecuado. El procedimiento metodológicamente correcto es este: primero se delimitan las posiciones “iusfundamentales” esenciales del derecho fundamental y, una vez hecho esto, se determina si la posición limitada por la ley se adscribe a alguna de esas posiciones esenciales; en caso afirmativo, procederá la aplicación del test de proporcionalidad¹⁰⁰.

El segundo resultado disfuncional es el de adscribir al contenido esencial del derecho fundamental toda posición jurídica sobre la que se proyecte la limitación legislativa. La relativista tiende a ser una concepción del caso concreto¹⁰¹: el contenido *prima facie* del derecho fundamental se determina en el caso concreto, a la luz de una limitación legislativa (administrativa o judicial) en ese derecho fundamental. Si se considera que una regulación legal supone aparentemente una limitación de un derecho fundamental, la posición jurídica limitada queda adscrita inmediatamente al derecho fundamental, como posición *iusfundamental* protegida *prima facie*, que devendrá posición definitiva si la limitación legislativa es desproporcionada¹⁰². El contenido *prima facie* del derecho

¹⁰⁰ El propio Tribunal Constitucional ha advertido de que «el principio de constitucionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]. Dicho en otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no» (STC 55/1996, f. 3).

¹⁰¹ El énfasis del relativismo se pone en ofrecer al Tribunal Constitucional y a los jueces un criterio razonable para controlar las limitaciones de los derechos fundamentales. En este sentido es una concepción del caso concreto.

¹⁰² En realidad, la posición *prima facie* se convierte en definitiva también si la ley es proporcionada cuando esta no elimina, sino que simplemente dificulta (proporcionadamente) esa posición. En este caso, la posición tendrá carácter definitivo como posición dificultada (limitada *sensu stricto*) por el legislador, y en las condiciones en que éste la ha dificultado.

fundamental se integra así por todas las posiciones que limite el legislador, con independencia de su mayor o menor importancia¹⁰³.

Es preciso distinguir lo esencial de lo que es una concreción de lo esencial. En todo derecho fundamental es posible encontrar una o varias posiciones esenciales, que son las que lo hacen reconocible como tal. Estas han de determinarse sin mirar en modo alguno al caso concreto, porque precisamente preexisten al caso concreto: es la preexistencia al legislador lo que hace fundamental al derecho. El intérprete debe poner un velo de ignorancia sobre los casos concretos y construir las posiciones esenciales del derecho fundamental como si tales casos no existieran, porque entre otras cosas, es imposible incluir en una definición todos los casos concretos (tanto generales como particulares o individuales)¹⁰⁴ de derecho fundamental. En definitiva, el intérprete debe hacer primero una interpretación *sensu largo* del derecho fundamental.

Así las cosas, cuando se produce un caso presunto de limitación legislativa en un derecho fundamental, lo primero que debe averiguarse es si la posición limitada por la ley puede adscribirse o no a una de las posiciones esenciales en que consiste el contenido esencial del derecho fundamental, previamente delimitado: si la respuesta es negativa, no hay caso; si la respuesta es positiva, hay caso de limitación legislativa en un derecho fundamental y, por tanto, procede analizar si esa limitación es proporcionada¹⁰⁵.

¹⁰³ Se produce así una curiosa paradoja: por una parte, los "relativistas" se esfuerzan poco por delimitar el contenido del derecho fundamental (no hace falta y además eso daña la libertad), pero, por otra, sin pretenderlo, lo inundan de contenidos potenciales *o prima facie*.

¹⁰⁴ Recuérdese —para evitar equívocos— que la *concreción* del derecho fundamental alude no a su determinación semántica (que nos da el contenido esencial o constitucional), sino a la determinación de su aplicación. El legislador —cuando la ley es general, que es lo normal— determina con carácter *general* (para todos los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ley) esa aplicación, mientras que el juez lo hace con carácter *particular o individual* (para los sujetos afectados en el proceso judicial de que se trate —aunque, obviamente, la decisión judicial es generalizable si sienta precedente—).

¹⁰⁵ Ante una ley que limite los horarios comerciales, lo primero que debe indagarse es si la libertad de fijación de horarios comerciales —limitada por la ley—

Ahora bien, ¿cómo determinar el contenido esencial de cada derecho fundamental, dados los muy insuficientes datos que proporciona la Constitución? Desde luego, acudiendo a los criterios tradicionales de interpretación jurídica, que tan admirablemente recogiera el artículo 3.1 del Código Civil: la interpretación literal –objetiva y subjetiva¹⁰⁶-, la teleológica –objetiva y subjetiva¹⁰⁷- y la sistemática¹⁰⁸. También puede servir de ayuda acudir a los tratados internacionales sobre derechos humanos (y a las resoluciones de por los órganos judiciales internacionales que los aplican), toda vez que la Constitución obliga a

puede adscribirse o no a alguna de las posiciones esenciales en que es posible descomponer la libertad de empresa y que previamente habremos determinado. En mi opinión –y frente al Tribunal Constitucional- esa libertad puede adscribirse a la autonomía de organización y planificación del empresario. La ley limita, por tanto, la libertad de empresa, pero no porque limite la libertad de fijación del horario comercial, sino *porque limita la autonomía organizativa y planificación* del empresario, de la que aquella libertad es una manifestación concreta. Esta manifestación concreta no es determinable *ex ante* del caso concreto, pero si es (debe ser) determinable *ex ante* la posición esencial de la que es manifestación.

¹⁰⁶ Según la interpretación literal, el sentido de las disposiciones de derecho fundamental se obtiene a partir del contenido semántico y de la estructura sintáctica de los términos o palabras que las componen. Desde una perspectiva *objetiva*, este contenido se obtiene atendiendo al significado con el cual son utilizados tales términos en el lenguaje coloquial de la sociedad, en el lenguaje técnico de las diversas disciplinas del conocimiento y en el lenguaje específico del Derecho. Desde una perspectiva *subjetiva*, ese contenido se deriva de las intenciones del Constituyente. Si se incorpora la variable *temporal*, la perspectiva objetiva y subjetiva admiten variaciones: desde la perspectiva *objetiva*, el contenido semántico de las disposiciones de derecho fundamental es, o bien aquel que tienen éstas en el momento en que deben ser aplicadas (atendiendo a la *realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, como dice el Código Civil), o bien aquel que tienen en el momento en que fueron aprobadas (interpretación histórica); desde la perspectiva *subjetiva*, hay que atender, o bien a las intenciones del Constituyente en el momento de debatir y aprobar la Constitución, o bien a las que tendría en el momento actual, haciendo una reconstrucción lógica. Sobre todo esto, vid. BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 539-541.

¹⁰⁷ Con arreglo a la interpretación teleológica *subjetiva*, el sentido de los enunciados constitucionales se determina de conformidad con los fines del Constituyente; con arreglo a la interpretación teleológica *objetiva*, el sentido de tales enunciados se encuentra si se los considera autónomamente y si se investiga cuáles son sus fines o funciones sociales. Sobre esto, vid. BERNAL PULIDO, C.: *ibidem*, pág. 541.

¹⁰⁸ Con arreglo a la interpretación sistemática, el sentido de las enunciados de derecho fundamental se obtiene atendiendo a la relaciones que guarda con los demás enunciados del texto en que se encuentran (interpretación sistemática interna) y con las demás disposiciones del sistema jurídico (interpretación sistemática externa).

interpretar sus disposiciones con arreglo a los mismos¹⁰⁹. Asimismo, los dos criterios acuñados –también admirablemente– por el Tribunal Constitucional en el FJ 8.º de la STC 11/1981 son útiles para identificar ese contenido esencial: la naturaleza jurídica o el modo de concebir cada derecho fundamental y los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho¹¹⁰. En fin, para descubrir ese contenido es necesario también salir de la Constitución y acudir al mundo exterior, tanto al mundo jurídico¹¹¹ como al no jurídico¹¹². Todos estos instrumentos permitirán obtener la imagen característica del derecho fundamental, aquella sobre la que puede operar el legislador, incluso limitándola, pero no desfigurándola.

IV.2. La segunda operación –determinar si la limitación legislativa ha respetado o no el contenido esencial del derecho fundamental– presupone que la ley ha limitado, bien una posición jurídica adscribible a una posición esencial del derecho fundamental, bien directamente una posición esencial. Ante esta constatación puede entrar en juego el principio de proporcionalidad.

¹⁰⁹ Especial importancia tiene el Convenio de Roma y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, cuando entre en vigor, la Parte Segunda de la Constitución Europea.

¹¹⁰ Con arreglo al primer criterio, forman el contenido esencial del derecho fundamental aquellas posiciones jurídicas «necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose». Con arreglo al segundo criterio, forman el contenido esencial del derecho fundamental aquellas posiciones jurídicas necesarias «para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos».

¹¹¹ El representado tanto por la cultura jurídica interna en la que se desenvuelve el derecho fundamental (la Constitución «no surge [...] en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada» - STC 108/1986, fj 16), como por la cultura jurídica de los países de nuestro entorno (en particular los de la Unión Europea).

¹¹² La Constitución incorpora a su texto conceptos que son ajenos al Derecho, de manera que su interpretación requiere el auxilio de otras ciencias. Un buen ejemplo de lo que digo lo representa el concepto de «economía de mercado», que no se puede entender sin saber lo que es esto para la ciencia económica.

Subrayo lo de “puede” porque no siempre hay que acudir al principio de proporcionalidad para resolver si se ha producido o no una lesión del contenido esencial de un derecho fundamental. Como ya he dicho, aunque lo que es desproporcionado vulnera siempre el contenido esencial, no sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial. A este respecto, existen casos *fáciles*, en los que no es necesaria una argumentación compleja para determinar si una norma legal contradice o no una norma de un derecho fundamental. Se presenta un caso *fácil* en los siguientes cuatro supuestos¹¹³:

1. *Cuando es evidente que la norma legal que se controla esta excluida del supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental*¹¹⁴. Esta hipótesis se produce cuando la norma legal regula un supuesto absolutamente extraño a la referencia semántica de la norma de derecho fundamental. En este caso, la norma legal no afecta, ni positiva ni negativamente, al derecho fundamental y, por tanto, es insusceptible de lesionar su contenido esencial¹¹⁵.

2. *Cuando la norma legal regula un caso que se encuadra claramente en el supuesto de hecho de una norma de derecho fundamental, pero también en el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva establecida directamente por la Constitución*. En esta caso no estamos ante un conflicto entre normas constitucionales que se deba resolver con arreglo al modelo de principios (terreno de la proporcionalidad) sino con arreglo al modelo de reglas: la norma constitucional que establece la restricción excepciona la aplicación de la norma de derecho fundamental¹¹⁶.

¹¹³ Sigo en este punto a BERNAL PULIDO, *ob. cit.*, pág. 134 y ss.

¹¹⁴ BERNAL habla de “norma iusfundamental directamente estatuida”. Yo prefiero llamar norma de derecho fundamental a toda proposición normativa que enuncia una disposición de derecho fundamental (esta permitida la libertad de empresa o, si se prefiere, se ordena que se permita la libertad de empresa).

¹¹⁵ Un ejemplo en sede de libertad de empresa lo ofrece la norma legal que define el patrimonio empresarial del Estado. Esta norma no se refiere a las empresas privadas y, por tanto, no se refiere a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE.

¹¹⁶ Como ya he dicho, el contenido esencial es resistente frente al legislador, pero no frente a la Constitución misma, que puede establecer reglas que

3. *Cuando la norma legal contiene una contradicción flagrante de una norma de derecho fundamental.* En este caso, la norma legal debe ser declarada inconstitucional, sin mayor argumentación¹¹⁷.

4. *Cuando la norma legal regula un caso de manera contradictoria con una norma de derecho fundamental y, además, no es relevante ninguna cláusula restrictiva establecida directamente por la Constitución ni ningún otro principio constitucional que juegue en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.* En este caso la ley no contradice absolutamente y en toda su extensión la norma de derecho fundamental, pero regula de forma contradictoria un caso previsto por dicha norma. Se trata de supuestos "familiares", «que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de lo cuales existe acuerdo general»¹¹⁸ sobre su inconstitucionalidad¹¹⁹.

excepcionen la aplicación de las normas de derecho fundamental. Ahora bien, que una norma constitucional implique una restricción de un derecho fundamental es algo que debe apreciarse claramente. Ejemplo de restricción constitucional directa de la libertad de empresa es la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, que la Constitución permite mediante ley y por razones de interés general. Sobre ello se tratará en el apartado siguiente.

¹¹⁷ BERNAL PULIDO pone el ejemplo de una ley de procedimiento penal o de *habeas corpus* que incluyera una prescripción según la cual se amplía a dos semanas el plazo de 72 horas establecido por el artículo 17.2 CE para que el detenido sea puesto en libertad o a disposición de una autoridad judicial (se entiende —digo yo— fuera de los casos de investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas). A mí se me ocurre como ejemplo en sede de libertad de empresa el de una ley que implantara un sistema económico de economía planificada.

¹¹⁸ La cita es de HART y la tomo de BERNAL PULIDO, ob. cit., pág. 138.

¹¹⁹ BERNAL PULIDO pone un ejemplo en relación con la última parte del artículo 15 CE: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Esta disposición puede entenderse en el sentido de que prohíbe la imposición de la pena de muerte en tiempo de paz: el término "abolida" puede ser convertido sin discusiones en el operador deóntico "prohibida". En estas circunstancias, si en tiempos de paz el legislador incluyera en el Código Penal la pena de fusilamiento por el delito de secuestro, el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucional esta norma legal sin más que citar el artículo 15.

No se me ocurre ningún ejemplo en sede de libertad de empresa, pues el tenor literal del artículo 38 no parece prestarse a que existan supuestos de este tipo. Acaso valga un ejemplo un tanto absurdo: el artículo 38 CE manda a los poderes públicos que aseguren la defensa de la productividad, enunciado que puede ser convertido sin problema en el enunciado deóntico "está prohibido que los poderes públicos adopten medidas antiproductivas". En este sentido, si una

Pero la mayoría de los casos de derecho fundamental no se incluyen en los cuatro supuestos anteriores. Son casos *difíciles* o, cuando menos, *no fáciles*, en los que no está claro *a priori* si la ley que se controla es o no compatible con la norma de derecho fundamental, dada la indeterminación de ésta. En estos casos es en los que opera puede operar el principio de proporcionalidad. Este principio no se identifica con el contenido esencial de derechos fundamentales, ni es *la regla* del respeto a ese contenido. El principio de proporcionalidad es, en puridad, un *criterio hermenéutico para aplicar la regla de respeto del contenido esencial en los casos no fáciles*.

El principio de proporcionalidad se estructura en tres subprincipios (idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto) que ya han sido definidos. Alguna precisión en torno a cada uno de ellos se hará en el apartado siguiente, cuando se analice el contenido esencial de la libertad de empresa. Sí quiero dejar claro que el respeto al principio democrático y a la competencia del legislador para "regular el ejercicio" de los derechos fundamentales obliga a preservar el ámbito de libre decisión de éste y, en consecuencia, a no hacer una aplicación intensiva de la proporcionalidad: *no se exige que la ley sea proporcionada, sino que no sea manifiestamente desproporcionada*¹²⁰.

Esta es la línea en la que se mueve nuestro Tribunal Constitucional. En concreto, en la STC 55/1996 (verdadero *leading case* del principio de

norma legal prohibiera a las empresas de un sector la obtención de beneficios, el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucional esa norma con la sola invocación del artículo 38 CE, sin mayor argumentación.

¹²⁰ «No es un juicio positivo lo que este principio autoriza, esto es, si la intervención pública pudo ser más proporcionada. No sirve, pues, para medir o encontrar la solución más idónea, de mayor equilibrio, el medio óptimo más moderado, sino sólo para anular aquellas que se sitúen en el extremo inferior de la escala» [BARNES, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar»; 5 *Cuadernos de Derecho Público* (septiembre-diciembre 1998), págs. 28-29].

Esta afirmación vale para los subprincipios de idoneidad y necesidad, que imponen un control de evidencia, pero no para la proporcionalidad en sentido estricto. Sobre esto se volverá inmediatamente.

proporcionalidad como criterio de control de constitucionalidad de las leyes) se recuerda que «el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática»; ello «obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de aplicar e interpretar las leyes» (fj 6). Por ello, y en particular, el juicio de necesidad¹²¹ «se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio *patentemente innecesario* de derechos que la Constitución garantiza», de modo que «sólo si resulta *evidente la manifiesta* (sic) suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento» (fj 8 –las cursivas son mías). Y a la misma conclusión se llega en relación con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: «Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio *patente y excesivo o irrazonable* ... compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional» (fj 9 –las cursiva son mías)

122

Pero el principio de proporcionalidad acarrea un riesgo, al que antes hice alusión: que su aplicación pura y dura conduzca al sacrificio absoluto del derecho fundamental. En puridad, el test de proporcionalidad puede justificar limitaciones legislativas tan intensas en un derecho fundamental que lo hagan irreconocible, lo vacíen de contenido o lo priven de todo sentido. Creo que en estos casos extremos la limitación legislativa debe considerarse siempre desproporcionada: *en ningún caso la necesidad de preservar un principio constitucional*

¹²¹ En el caso de la STC 55/1996 no se dudó de la idoneidad de la medida, por lo que no hay pronunciamiento en torno a la intensidad del control de idoneidad.

¹²² No estoy de acuerdo en que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto implique siempre un control de evidencia. Sobre esto –como ya he dicho– se volverá después.

(aunque sea un derecho fundamental) puede justificar que una regulación legislativa general elimine o prive totalmente de sentido en la práctica¹²³ un derecho fundamental¹²⁴. Una ponderación tan extrema entre principios constitucionales nunca puede ser proporcionada, y sólo puede hacerla el Poder Constituyente, mediante la incorporación al texto constitucional de una restricción directa del derecho fundamental. Dicho en palabras de PRIETO SANCHIS: la ponderación «ha de partir y ha de culminar en la preservación de todas las normas constitucionales consideradas en abstracto, en el nivel de la validez, sin cancelar en ese nivel su tendencial conflicto, y una ley que afectase de modo definitivo al núcleo de algún principio, aun cuando justificada en una perspectiva consecuencialista [en razón de proporcionalidad –aclaramos nosotros] equivaldría a una jerarquización o al establecimiento de una cláusula de excepción en favor de algún bien constitucional; y ello [...] supondría una tarea constituyente»¹²⁵.

¹²³ Digo “en la práctica” en el sentido de eliminación *fáctica* . La eliminación *jurídica* de un derecho fundamental se articularía a través de un enunciado del tipo “se prohíbe la libertad de empresa”, y ello supone una reforma expresa (y no encubierta) de la Constitución operada mediante ley y, por tanto, una contradicción flagrante con la Norma Fundamental; estaríamos ante un caso *fácil* (el número 3). Una regulación legislativa que elimina *fácticamente* un derecho fundamental es aquella que, sin prohibirlo expresamente, lo limita de tal forma que lo priva de sentido. Una regulación tal no debe ser nunca declarada constitucional.

Ahora bien, la eliminación *jurídica* de una posición esencial del derecho fundamental puede suponer (y normalmente supone) la eliminación *fáctica* del derecho fundamental. Estoy pensando, por ejemplo, en una regulación legal que prohíba el beneficio empresarial: en este caso se suprime jurídicamente una posición esencial del derecho fundamental (el derecho al beneficio) y, con ello, se priva de todo su sentido a la libertad de empresa en el sector y en el ámbito territorial sobre el que se proyecta la ley. Sobre esto volveré en el apartado siguiente.

¹²⁴ En estas situaciones- en las que la limitación legislativa supone un sacrificio total del derecho fundamental- no debe ser relevante ningún principio constitucional que juegue en contra de la constitucionalidad de la ley. Esta situación debe asimilarse al caso *fácil* 4.

¹²⁵ PRIETO SANCHIS, L.: «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación»; 11 *Cuadernos de Derecho Público* (2000), pág. 25. La posición que aquí se sostiene difiere de la de Prieto en dos aspectos: por una parte, en la incrustación de la proporcionalidad en la regla de respeto al contenido esencial, cosa que no hace Prieto (que parece adscribirse a una concepción mixta, aunque notablemente escorada hacia la aplicación de la proporcionalidad); por

En fin, como dice también PRIETO SÁNCHEZ en otro lugar, «existen condiciones de sacrificio del derecho tan radicales, tan lesivas de su esencia, en las que es posible afirmar por adelantado su falta de justificación y, con ello, su ilegitimidad constitucional»¹²⁶. Esta hipótesis sólo puede verificarse en el análisis de los casos concretos de limitación legislativa. Debe tratarse de casos en lo que sea patente que el derecho fundamental queda irreconocible, vacío de contenido o privado de sentido. Debe tratarse de “supuestos familiares”, de casos indudables de inconstitucionalidad, porque si se duda deberá aplicarse el test de proporcionalidad.

Sé que esto no es decir nada definitivo, pero pienso honradamente que poco o nada se puede decir definitivamente en el espinoso asunto del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales por el legislador. No obstante, creo que se puede decir sin temor a equivocación que son regulaciones legales sospechosas de inconstitucionalidad manifiesta todas aquellas que implican la eliminación total de cualquiera de las posiciones esenciales que definen el derecho fundamental¹²⁷, especialmente si no están justificadas por una razón de peso¹²⁸. Cada una de ellas es necesaria para que el derecho fundamental tenga sentido, para que sea reconocible como tal, porque de lo contrario no son esenciales. Eliminar totalmente cualquiera de ellas abre paso al juicio de inconstitucionalidad manifiesta, aquél que excluye la aplicación del principio de proporcionalidad, precisamente por sospecha de desproporcionalidad manifiesta.

otra parte, en la necesidad de que no sean suprimidas ninguna de las posiciones esenciales del derecho fundamental, cosa que no precisa Prieto.

¹²⁶ PRIETO SANCHIS, L.: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades»; en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 236.

¹²⁷ Esto revela la importancia que tiene hacer una determinación adecuada del contenido esencial de cada derecho fundamental (esta vez sí *a priori*).

¹²⁸ Una razón de peso es la necesidad de preservar un principio constitucional material (un derecho fundamental o un bien constitucional). No lo es razón que pueda igualar en peso la intensa limitación que supone eliminar totalmente una posición esencial la apelación al principio democrático (principio constitucional formal), a la libertad de fines del legislador.

En síntesis, tal como yo lo entiendo, el contenido esencial de los derechos fundamentales es un todo y no una parte de su contenido constitucional (como defienden las concepciones absolutas), sólo que este todo (contenido esencial, contenido constitucional o esencia) es casi siempre indeterminado en sus condiciones de aplicación. Tal como yo la entiendo, la regla constitucional de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales es una barrera frente al legislador, pero no una barrera material (como defienden las concepciones absolutas), porque consiente la afectación negativa (la limitación) de ese contenido esencial: el contenido esencial no es intocable por el legislador. Se trata de una barrera de *intensidad*: el contenido esencial es tocable por el legislador sólo hasta cierto nivel de intensidad, pasado el cual la limitación legislativa resulta intolerable. Esta barrera de intensidad es doble: por una parte, la limitación del legislador no puede ser de tal intensidad que elimine o prive totalmente de sentido al derecho fundamental; por otra parte, y aún cuando no se de el caso anterior (que es un caso extremo), la intervención no puede ser de tal intensidad que limite desproporcionadamente el derecho fundamental, porque en este caso estará dificultándolo más allá de lo razonable. La primera es una barrera de intensidad *absoluta*, la segunda es una barrera de intensidad *relativa*: una y otra coadyuvan a preservar la imagen maestra de los derechos creados por la Constitución.

5. LA GARANTIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: MI POSICIÓN.

5.1. El contenido esencial de la libertad de empresa.

Una cosa es el contenido esencial de la libertad de empresa y otra distinta es el respeto del mismo por el legislador. La determinación de ese contenido esencial es previa a cualquier regulación legislativa: sólo así existe *ex ante* un parámetro constitucional de control desde el que enjuiciar la "constitucionalidad" de la ley. No es que sea posible, es que no hay más remedio que determinar *a priori* el contenido esencial de la libertad de empresa; lo que no cabe es una determinación *a priori* de sus casos o condiciones de aplicación. Parafraseando al Tribunal Constitucional (STC 37/1987, fj 5), sí cabe una definición *a priori* de carácter abstracto del contenido esencial de la libertad de empresa, pero no cabe una definición *a priori* de general aplicación de este contenido.

La determinación del contenido esencial de la libertad de empresa no puede desconectarse de la realidad si no quiere perder sentido¹²⁹; y la realidad nos dice que en la Constitución se encuentran numerosos argumentos para limitarla. Pero tampoco pueda abandonarse a la realidad, hasta el punto de convertirla en un derecho enteramente subordinado a cualesquiera razones de interés general: la libertad de empresa es una libertad –limitable hasta cierto límite, hasta cierto nivel de intensidad–, pero no una concesión de los poderes públicos. Por eso, el contenido esencial no puede ser, ni tan amplio que sea irreal, ni tan reducido que prive a la libertad de empresa de una mínima protección

¹²⁹ Vienen muy bien a este respecto las siguientes palabras: «dos riesgos [...] acechan a la teoría: el alejamiento de la realidad y el dogmatismo conceptual. La teoría no debe prescindir de su "adecuación" a la realidad, porque ello es lo que permite explicarla y también criticarla, como no debe prescindir tampoco del "sentido" por un afán de obtener la pureza del "concepto". El fanatismo teórico se presenta, pues, como el peor enemigo de la teoría, dado que puede conducirla a perder lo que constituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad, para convertirla en una teoría fantasmagórica, es decir, en una teoría que sólo permite conocer ... a la propia teoría» [ARAGON REYES, M.: *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control* (Ediciones Ciudad Argentina, 1995), pág. 68].

frente al legislador. En definitiva, debe traducirse en algunas posiciones verdaderamente esenciales, que sean condición necesaria y suficiente para hacer reconocible el derecho o para proteger los intereses que le dan vida.

Estas posiciones se pueden obtener acudiendo a los criterios tradicionales interpretación y a la doctrina contenida en el famoso fundamento jurídico de la STC 11/1981. Un buen punto de partida es acudir a la interpretación literal: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». A partir de este tenor literal se sacan conclusiones importantes, con la ayuda de otros cánones de interpretación:

1. La libertad de empresa es una **libertad** “constitucionalizada” y, por tanto, una libertad jurídica y protegida por la Constitución¹³⁰. Toda libertad *jurídica*, otorga a su titular alternativas de acción, esto es, la posibilidad de ejercer (o no) y de dejar de ejercer (o no) aquello en que consiste el derecho fundamental. Este es un rasgo general que comparte la libertad de empresa con otras libertades “constitucionalizadas”. La libertad es la capacidad de autodeterminación personal y, en su manifestación concreta de libertad de empresa, se traduce en la libertad de decidir entre iniciar o no una actividad empresarial y entre continuar o no en el ejercicio de esta actividad empresarial.

Ahora bien, la libertad “a secas” a la que se refiere el artículo no garantiza por sí sola el acceso incondicionado a todo tipo de actividades económicas, como tampoco garantiza por sí sólo un derecho incondicionado a continuar en el ejercicio de todo tipo de actividades económicas. Lo que significa la palabra libertad a estos efectos es la no obligatoriedad de entrar –allí donde exista actividad económica privada- y

¹³⁰ Sobre los derechos fundamentales como libertades y la distinción entre libertad, libertad jurídica y libertad protegida, vid. ALEX, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 210 y ss.

la no obligatoriedad de permanecer. En esta primera aproximación, la libertad de empresa comprende, en positivo, el **derecho a la no imposición forzosa del ejercicio de actividades empresariales** o, en negativo, la **prohibición de imposición forzosa del ejercicio de actividades empresariales**. Lo contrario repugnaría la dignidad humana (art. 10.1 CE) y, además, sería propio de economías planificadas o colectivizadas, lo que iría en contra de la proclamación de la economía de mercado como sistema económico constitucionalizado (art. 38 CE) ¹³¹.

2. La libertad reconocida es la libertad **de empresa**. La Constitución no ha reconocido en el artículo 38 CE la libertad de ejercer toda actividad económica, sino sólo la actividad económica empresarial. Así se deduce tanto del sentido objetivo de las palabras (interpretación literal objetiva) como de la intención del constituyente (interpretación literal subjetiva e interpretación teleológica subjetiva). Recuérdese que la expresión "libre iniciativa económica" contenida en el anteproyecto de Constitución fue sustituida en el informe de la Comisión Constitucional del Congreso por la expresión "libertad de empresa", a la postre la definitiva. El Constituyente pudo haber mantenido la primera expresión, pero no lo hizo, y ello quiere significar algo.

La actividad empresarial, como especie dentro del género "actividad económica", es una actividad organizada, siendo la empresa la organización sobre la que se proyecta esa organización. La caracterización de la actividad empresarial y de la empresa ya se ha hecho en el capítulo anterior¹³². En lo que aquí interesa, se puede deducir que la libertad de ejercer la actividad empresarial implica la **libertad de**

¹³¹ He aquí una apelación a la interpretación sistemática para fundamentar la prohibición de imposición forzosa del ejercicio de actividades empresariales.

¹³² Ello ha supuesto salir de la Constitución y apelar a la cultura jurídica, a lo que la doctrina mercantilista entiende por actividad empresarial y por empresa.

crear empresas, porque sólo la actividad organizada bajo la forma de empresa está protegida por el artículo 38 CE¹³³.

3. La libertad de empresa se reconoce en el marco de la economía de mercado.

Para construir el contenido esencial de la libertad de empresa, su “imagen maestra”, es importante acudir al interés jurídicamente protegido, la razón por la que se reconoce constitucionalmente el derecho subjetivo; es lo que IHERING llamaba el fin práctico, «la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho»¹³⁴. Esto es hacer interpretación teleológica, pero también apelar a uno de los dos caminos propuestos por la STC 11/1981 para descubrir el contenido esencial de los derechos fundamentales¹³⁵. Pues bien, la referencia expresa a la “economía de mercado” aclara cuál es el *interés jurídico general* al que responde la “constitucionalización” de la libertad de empresa: producir bienes y servicios para el mercado. Como ya se ha dicho (y esto es abrir la interpretación del enunciado constitucional al mundo extrajurídico), la economía de mercado como sistema económico se caracteriza porque hace descansar en los particulares la decisión sobre qué, cómo y cuándo producir, pero también porque coordina la pluralidad de las decisiones económicas individuales a través del mercado. Desde esta perspectiva, la libertad de empresa es una libertad *para* el mercado (objetivo inmediato) y al servicio de la eficaz asignación de recursos productivos de una sociedad (objetivo mediato). El mercado es la realidad hacia la que se

¹³³ En el mismo sentido, la STC 225/1993: la libertad empresa «entraña en el marco de una economía de mercado ... el reconocimiento a los particulares de una *libertad de decisión no sólo para crear empresas ...* » (fj 3 B, párr. 3 –la cursiva es mía).

¹³⁴ Sobre la distinción entre razones para los derechos subjetivos, derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y la imponibilidad de los derechos subjetivos, vid. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 178 y ss. La cita de IHERING, en la pág. 179.

¹³⁵ «... se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (STC 11/1981, fj 8).

dirige el derecho: *se crean empresas para producir bienes y/o servicios para el mercado*¹³⁶.

Producir bienes y/o servicios exige del empresario varias tareas. En primer lugar, debe poder obtener los factores de producción necesarios para producir (tierra, capital, trabajo *-inputs*); de donde surge la garantía de la libertad de acceso al mercado de factores, esto es, ***la libertad de contratación en el mercado de factores***¹³⁷. En segundo lugar, debe poder organizar esos factores de producción según su criterio: el empresario es un planificador, y debe poder organizarse y planificar en libertad, de aquí surge la garantía de la ***autonomía o libertad de planificación y organización***¹³⁸. Por último, debe poder vender los bienes y servicios producidos en el mercado (*outputs*), de donde surge la garantía de la libertad de acceso a los mercados finales, esto es, ***la libertad de contratación en el mercado de bienes y servicios***.

¹³⁶ En contra de este planteamiento, PAZ-ARES y ALFARO, para quienes la referencia al mercado contenida en el artículo 38 CE es una redundancia: «La libertad de empresa sólo puede ejercitarse en el mercado [...]. El mercado es, así, el *efecto sistemático* que genera el reconocimiento de los derechos individuales de carácter económico. Por *causa* del reconocimiento de los derechos fundamentales, se produce el *efecto* de la consagración del mercado como sistema de asignación de los recursos. Y no al revés. No se reconoce el derecho de a la libertad de empresa para asegurar la existencia de una economía de mercado» [PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 6009].

Pienso que *no sólo, pero sí también* se reconoce el derecho a la libertad de empresa para asegurar la existencia de una economía de mercado. La libertad de empresa es una manifestación de la libertad (del libre desarrollo de la personalidad) en el terreno económico, y se justifica en la libertad. Pero la Constitución la enmarca expresamente dentro de la economía de mercado, y se justifica también como instrumento, como pieza esencial de este sistema económico.

¹³⁷ En relación con el mercado de trabajo, en el mismo sentido STC 192/2003, f.º 4.

¹³⁸ En el mismo sentido, la STC 225/1993: la libertad empresa «entraña en el marco de una economía de mercado ... , el reconocimiento a los particulares de una *libertad de decisión... para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado* » (f.º 3 B, párr. 3 –la cursiva es mía). En su vertiente interna (como poder de dirección empresarial), STC 92/1992, f.º 3 (poder inherente a la libertad de empresa).

Recuérdese que la libertad de organización no comprende el derecho de autoorganización del empresario-personal jurídica, que está protegido por el derecho de asociación: vid. *supra*, capítulo V, apartado 5.3.

Obviamente, la libertad de empresa no sólo se “constitucionaliza” por razones de interés general. Es también una manifestación específica de la libertad (art. 10.1 CE) que responde a un interés particular: procurarse un beneficio económico. Justamente el incentivo del sistema de economía de mercado –la sangre que le da vida- es la búsqueda del beneficio, como se dijo en el capítulo I: sin expectativa de beneficio no hay incentivo para producir y el sistema económico se viene abajo. La libertad de empresa responde también a un *interés jurídico particular*, que es el que anima a los particulares a acometer actividades empresariales y el que mantiene en pie la economía de mercado: la obtención del beneficio, de donde surge la garantía del **derecho al beneficio económico**, o, en negativo, la garantía de la **no prohibición del beneficio económico**. No existe obligación de buscar el beneficio económico, pero no se puede prohibir el beneficio económico.

Pero la referencia a la economía de mercado no sólo nos indica el “para qué”, sino también el “dónde” de la libertad de empresa. Esta libertad se reconoce **en el marco** de la economía de mercado: no hay libertad de empresa fuera de ese marco. Quiero decir que esta libertad, que es una libertad *para* el mercado, sólo puede operar donde hay mercado, en los sectores *de mercado*, pero no en los sectores de *no mercado*. Presupuesto de la libertad de empresa es la existencia de actividad de mercado.

Como se dijo en el capítulo IV, la Constitución no exige que toda la actividad económica sea de mercado: pensar lo contrario es no sólo estar fuera de la realidad, sino pasar por alto, cuanto menos, el segundo inciso del apartado 2 del artículo 128, que faculta al legislador a reservar al sector público recursos o servicios esenciales, «lo que significa tanto como decir que puede *sacar del mercado* determinadas actividades o sectores»¹³⁹. Es realista conceder al legislador la competencia para determinar cuánto mercado debe existir en la economía española, pero

¹³⁹ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 5996.

esta competencia está sujeta a límites. Estos límites, que protegen la existencia del mercado y, por ende, de la libertad de empresa, han sido enunciados en apartado 2 del capítulo IV: la prohibición de la abolición general del mercado y su sustitución por la planificación pública, la garantía de un campo razonable de acción para el mercado (los sectores de *no mercado* no pueden prevalecer sobre los de mercado) y la justificación constitucional del *no mercado*.

El último de estos límites no se desprende de la garantía institucional del mercado a secas, sino de su conexión con el derecho fundamental de libertad de empresa: sustraer al mercado una actividad económica es una decisión que supone no sólo la eliminación del mercado sino de la libertad de empresa en esa actividad y, por ello, no puede tomarse arbitrariamente. La norma constitucional que reconoce la libertad de empresa exige justificar toda decisión legislativa que sustraiga una actividad económica al mercado. Pues bien, a este respecto hay que distinguir dos supuestos:

- El primero es la sustracción de una actividad económica al mercado *con atribución de la misma a la titularidad los poderes públicos*. Esto puede hacerse sólo respecto de actividades consideradas esenciales, mediante ley y cuando así los exija el interés general (art. 128.2, primer inciso de la Constitución). La *publicatio* de actividades económicas sólo es posible constitucionalmente en estos términos. Sobre esto se volverá en el apartado siguiente de este capítulo.

- El segundo es la sustracción de una actividad económica al mercado *sin atribución de la misma a la titularidad los poderes públicos*, esto es, la prohibición de ejercicio de actividades económicas en un ámbito concreto (la declaración de ilicitud): esta medida sólo se puede adoptar mediante ley y debe ser proporcionada. Digo proporcionada en vez de "no desproporcionada" porque la afectación a la libertad de empresa que se produce en este supuesto es muy intensa –se impide jurídicamente el despliegue de la libertad de empresa– por lo que el control de proporcionalidad en sentido estricto debe ser también intenso. Sobre la

mayor o menor intensidad del control de proporcionalidad en sentido estricto se tratará inmediatamente.

A la postre, esto es lo que viene a decir también el Tribunal Constitucional, si coordinamos debidamente las sentencias 61/1991 y 83/1994: la libertad de empresa comprende la garantía de la *no prohibición genérica y absoluta de la actividad económica privada en un ámbito determinado*, con dos excepciones: la *primera*, la reserva de esa actividad al sector público cuando es esencial y por razones de interés general, la *segunda*, la declaración de ilicitud de la actividad, siempre que sea proporcionada¹⁴⁰. Esta es la garantía constitucional de la libertad de empresa frente a los sectores *no mercado*, pero allí donde hay mercado deben poder iniciarse actividades empresariales, deben poder crearse empresas; *debe existir libertad de acceso al mercado en los sectores de mercado*. En conclusión, la libertad de empresa comprende *la justificación constitucional del no mercado, en los sectores de no mercado, y la libertad de acceso al mercado, en los sectores de mercado*.

En síntesis, la libertad de empresa comprende tres momentos –inicio, ejercicio y cese–, a los que corresponden estas posiciones esenciales:

- En cuanto al *inicio*, comprende el **derecho a la prohibición justificada del mercado**¹⁴¹ (o a la **no prohibición injustificada del mercado**); y, en los sectores de mercado, comprende –en positivo– la

¹⁴⁰ La exigencia de proporcionalidad se explica porque el legislador no es libre de decidir sin más que es lo lícito y que es lo ilícito; de lo contrario, quedaría enteramente en sus manos decidir cuándo hay libertad de empresa y cuándo no la hay, y esta arbitrariedad podría extenderse a cualesquiera otras declaraciones de ilicitud que afectasen a cualesquiera otros derechos fundamentales. Por eso la declaración de la STC 84/1993 debe ser completada con la de la STC 61/1991: la prohibición de la actividad de mercado, o está justificada en una cláusula restrictiva directamente establecida por la Constitución, o es proporcionada.

¹⁴¹ Justificada en una “limitación” constitucional directa (la reserva ex art. 128.2 CE) o una “limitación” constitucional indirecta (una prohibición legislativa proporcionada y justificada en una razón directamente constitucional).

libertad de iniciar actividades empresariales o libertad de crear empresas y –en negativo- el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial.

- En cuanto al *ejercicio*, como **derecho a sostener en libertad la actividad empresarial** (en palabras de la STC 83/1984), comprende las siguientes posiciones esenciales: **autonomía de planificación y organización, libertad de contratación**¹⁴² –tanto en los mercados de factores como en los de bienes y servicios- y el **derecho al beneficio**.

- En cuanto al cese, comprende –en positivo- la **libertad de cesar en la actividad empresarial**- y –en negativo- el **derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial**.

Toda posición concreta relacionada con la libertad de empresa que limite el legislador y que se someta al control del Tribunal Constitucional

¹⁴² ARAGON REYES sostiene que «la libertad de contratación es un principio de ámbito más general que la libertad de empresa, pues se refiere a toda actividad (al despliegue de la autonomía de la voluntad) que realicen las personas, y no sólo los empresarios» [ARAGON REYES, M.: «El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa» (en prensa)]. Estoy de acuerdo, pero ello no obsta para que no pueda incorporarse al contenido esencial de la libertad de empresa. La libertad de contratación es, sin duda, un principio general, pero está protegido como derecho fundamental no sólo del lado del empresario (libertad de empresa) sino también del lado del trabajador (derecho al trabajo) –no así del lado del consumidor, donde tiene la protección concreta que la que le dispensen las leyes y, en última instancia, la que le presta el mercado como instituto-; y la protección “iusfundamental” de este principio para estos dos sujetos sirve para reforzarlo. Por lo mismo, la libertad misma (el libre desarrollo de la personalidad) es un “principio general” que se refuerza en las manifestaciones concretas que son los derechos fundamentales de libertad del capítulo II del título I.

Pensemos, por lo demás, en la importancia que tiene que se proteja como contenido del derecho fundamental el que el empresario tenga un mínimo de libertad para negociar las condiciones del intercambio –en particular el precio-. Si estas condiciones la fijan imperativamente los poderes públicos no puede hablarse en puridad de mercado y, por otra parte, pierde sentido la autonomía de planificación del empresario: sería un mero gestor, no alguien que decide con arreglo a la racionalidad del mercado (libertad de planificar, ¿para qué?). En fin, la libertad de empresa quedaría privada de sentido, y no sería reconocible como tal. De ahí la importancia que tiene singularizar la libertad de contratación como posición esencial de la libertad de empresa.

debe poder ser adscrita a alguna de estas posiciones esenciales. Así sucede con algunas que han llegado a conocimiento del Tribunal, casi todas reconducibles a la autonomía organizativa y de planificación: a ella se adscriben la libertad de elección del mercado o de traslado (STC 64/1990, f.º 4) o la libertad de fijación del horario comercial (que el Tribunal Constitucional niega que forme parte del contenido esencial de la libertad de empresa -STC 225/1993, f.º 3 B, párrafo último-)¹⁴³ o determinados poderes legales en relación con los trabajadores (el poder de disposición de la retribución - STC 34/1984, f.º 2-, el poder disciplinario - STC 125/1995, f.º 6- o el poder de despido - STC 192/2003, f.º 4-); a la libertad de cesar en la actividad empresarial se adscribe la libertad de transmisión de la empresa (STC 109/2003, f.º 8).

La enumeración es puramente ejemplificativa. Cualquier posición concreta que limite el legislador y que sea adjudicable a una posición esencial está protegida *prima facie* por la libertad de empresa, de manera que esa limitación deberá superar la barrera de intensidad en que consiste la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa¹⁴⁴. Bien entendido que, cuando el legislador afecta negativamente una posición concreta, lo que limita es la posición esencial a la que esa posición concreta se adscribe. Por último, las posiciones limitadas por el legislador que no puedan adscribirse a una posición esencial no forman parte del contenido esencial de la libertad de empresa protegido por la Constitución¹⁴⁵.

¹⁴³ Aunque exige que la limitación de los horarios comerciales sea proporcionada. Parece aplicar aquí la teoría mixta del contenido esencial.

¹⁴⁴ La barrera de intensidad absoluta sólo deberá pasarla la ley cuando *directamente elimine* (jurídica o fácticamente) una posición esencial. En la inmensa mayoría de las ocasiones -cuando se limitan (se dificultan o eliminan) posiciones concretas y ello no supone eliminación de una posición esencial- la barrera de intensidad que aplicar sólo será la relativa, el test de proporcionalidad.

¹⁴⁵ Es el caso de las limitaciones que el legislador pueda imponer a la libertad de autoorganización del empresario-persona jurídica, que forman parte del derecho de asociación. O las limitaciones a la percepción de subvenciones previstas en una norma con rango legal, toda vez que el derecho a subvencionar nace de la ley (en ejercicio de su competencia maximizadora) y no limita por tanto ninguna posición esencial de la libertad de empresa.

5.2. El respeto al contenido esencial de la libertad de empresa.

5.2.1. La barrera de intensidad relativa: el principio de proporcionalidad.

5.2.1.1. El presupuesto.

Presupuesto de aplicación del principio de proporcionalidad es que la norma legislativa suponga una *limitación*: una afectación negativa o desventajosa de la libertad de empresa. Esta circunstancia se produce:

1. Cuando la ley *elimina jurídicamente* una posición concreta –una acción u omisión- que puede razonablemente adscribirse a una posición esencial de la libertad de empresa (*afectación jurídica*). Es el caso, por ejemplo, de una ley que prohíba la transmisión de empresas en un sector y en un ámbito territorial determinados: la acción concreta afectada es la transmisión de empresas –que la ley suprime - y la posición esencial afectada negativamente es la libertad de cesación en la actividad empresarial –que la ley dificulta al prohibir una manifestación posible de la misma-. En definitiva, la ley produce una disminución de la realización de la libertad de cesación, en relación con la situación que existía antes de ella¹⁴⁶.

2. Cuando la ley *impide o dificulta* en la práctica el ejercicio de las posiciones concretas que puedan adscribirse a una posición esencial de

¹⁴⁶ Es el caso de las leyes extremeñas y castellano-manchegas de reguladoras de las farmacias tratado en la STC 109/2003, f.º 9. Las leyes prohibían la transmisión –tanto *inter vivos* como *mortis causa*- de las autorizaciones administrativas para la apertura de oficinas de farmacia (arts. 14 y 38.1, respectivamente). El Tribunal no se pronunció sobre su compatibilidad con la libertad de empresa: anuló los artículos citados por contravenir la normativa básica estatal (artículo 4 de la Ley 16/1997, que permite la transmisibilidad limitada de las oficinas de farmacia).

la libertad de empresa (*afectación fáctica*)¹⁴⁷. Es el caso de una ley que fije horarios de apertura y cierre de los comercios en un ámbito territorial determinados: la ley dificulta a los comerciantes la libertad de abrir y cerrar sus negocios –la posición concreta afectada- y, con ello, disminuye las posibilidades de realización de su autonomía organizativa y, por ende, de su libertad de contratación–las posiciones esenciales afectadas-; de no existir la ley, el empresario podría vender sus productos las 24 horas del día y los 7 días de la semana¹⁴⁸.

3. Cuando *directamente* la ley elimina jurídicamente (*afectación jurídica*) o impide en la práctica (*afectación fáctica*) una *posición esencial*. Sería el caso, por ejemplo, de una ley que fijara todas las condiciones relevantes de contratación en un sector y en un ámbito territorial determinados¹⁴⁹: aquí quedaría impedida en la práctica la libertad de contratación de los empresarios en el sector y en el ámbito territorial afectados. Se trata de casos extremos, en los que –como he sugerido antes- debe presumirse *a priori* la inconstitucionalidad de la medida legislativa –por lo intensa de la limitación que supone. Ello supone la apelación a un control intensivo de proporcionalidad, e incluso la posibilidad de declarar sin más la inconstitucionalidad de la ley si vacía de contenido o priva de sentido a la libertad de empresa. Estos casos límite

¹⁴⁷ Por ejemplo, una ley que regula los horarios de apertura y cierre de los comercios afecta negativamente a la libertad de empresa en el sector del comercio porque dificulta en la práctica la autonomía organizativa del comercio, de la que es manifestación la capacidad para decidir cuándo abre y cuándo cierra su comercio. No es esta, como se sabe, la posición del Tribunal Constitucional, para quien la libertad de fijación del horario comercial no forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, aunque sujeta toda limitación legal al respecto a un límite de proporcionalidad (STC 225/1993, fj 3 b, párr. últ. –parece aquí que el Tribunal Constitucional se adscribe a la teoría mixta del contenido esencial).

¹⁴⁸ Para el Tribunal Constitucional, la libertad de fijación del horario comercial no forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, pero sujeta toda regulación legal al respecto a un límite de proporcionalidad (STC 225/1993, fj 3 b, párr. últ.); parece aquí que el Tribunal Constitucional se adscribe a la teoría mixta del contenido esencial. Mi interpretación es otra: la libertad de fijación del horario comercial no es contenido esencial de la libertad de empresa, es una manifestación posible de su autonomía organizativa –y esto sí es contenido esencial-; pues bien, una manifestación posible de una posición esencial solo puede ser impedida o dificultada por la ley si ello no es desproporcionado.

¹⁴⁹ Es el caso de los sectores “regulados”: vid. capítulo IV, apartado 2.2.1.

no son los propios de la proporcionalidad (barrera relativa) y serán tratados en el siguiente apartado.

No son *limitadoras* de la libertad de empresa las leyes liberalizadoras y privatizadoras, porque la afectan *positivamente*: introducen mercado y libertad de empresa allí donde no había o aumentan la dosis de mercado y de libertad de empresa allí donde había. Posición ambivalente tienen, por su parte, las leyes reguladoras de la competencia: su objetivo es garantizar la libertad de empresa para todos (dimensión objetiva), pero al servicio de este objetivo introducen limitaciones en las libertades de empresa de cada empresario en particular (dimensión subjetiva) ¹⁵⁰. Esta misma ambivalencia puede predicarse de las leyes que atribuyen competencias a los empresarios, particularmente en el terreno de las relaciones laborales (competencias disciplinarias, de modificación unilateral de las condiciones de trabajo, etc.) ¹⁵¹: en la medida en que crean competencias, no limitan sino que amplían las posibilidades de acción de la libertad de empresa, pero en tanto fijan condiciones a las competencias creadas, limitan esas mismas posibilidades.

Por último, para hablar de limitación legislativa sometida a control constitucional de proporcionalidad es preciso que esa limitación sea *mínimamente relevante*. Esta mínima relevancia debe apreciarse con claridad: en caso de duda procede el control. Pero si es claro que la limitación que se produce en la libertad de empresa es insignificante, no hay por qué ir más allá. Ello forma parte también del razonable margen de maniobra con el que debe desenvolverse el Tribunal: la pretensión concreta de inconstitucionalidad puede ser rechazada de plano por carecer de contenido cuando, a pesar de producirse una afectación

¹⁵⁰ Sobre defensa de la competencia y sobre liberalización se tratará en el último capítulo.

¹⁵¹ Recuérdese que la noción de competencia que defiende es la que la define como la capacidad de producir actos jurídicos válidos, atribuida por una norma, llamada por ello norma de competencia. Recuérdese también que lo que caracteriza a la competencia es que no se posee por naturaleza: no se tiene capacidad natural para imponer sanciones disciplinarias a los trabajadores, como tampoco para contratar o para modificar unilateralmente las condiciones contractuales; se tiene esa capacidad por decisión del Derecho, y en las condiciones que determine el Derecho. Vid. capítulo III, 3.3.1.2.B, nota 75.

negativa del derecho fundamental, esa afectación no es significativa (siempre que se argumente, por supuesto)¹⁵².

5.2.1.2. *La idoneidad de las limitaciones legislativas de la libertad de empresa.*

Con arreglo al subprincipio de idoneidad (también llamado de adecuación), toda limitación de la libertad de empresa debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Según esta definición –que tomo de BERNAL¹⁵³–, el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias: que la limitación responda a un fin constitucionalmente legítimo y que sea idónea para favorecer su obtención¹⁵⁴.

A. El fin constitucionalmente legítimo.

Fin constitucionalmente legítimo es, desde luego, aquel que se apoya en una razón constitucional (lo que en la terminología del Tribunal

¹⁵² No creo que hubiera problema en rechazar de plano la inconstitucionalidad de una regulación legal de los horarios comerciales que permitiera abrir a los comerciantes todos los días de la semana, salvo de 1 de la madrugada a 7 de la mañana. La limitación de su libertad *natural* de abrir todos los días de la semana y las 24 horas del día no sería significativa. Esta regulación sería más bien una regulación liberalizadora respecto de la regulación tradicional (y la Constitución no nace en el vacío jurídico, como se sabe).

Soy consciente de que este umbral *de mínimis* no existe en el Derecho Comunitario para juzgar la “comunitariedad” de los obstáculos a las libertades de circulación. Creo sin embargo que esta rigidez responde a la necesidad –casi obsesión– de consolidar el mercado único. De consolidarse éste (si no está ya consolidado), este umbral –que ya existe en el ámbito del Derecho de la Competencia– deberá incorporarse al ámbito de las libertades fundamentales.

¹⁵³ También tomo de este autor todas las consideraciones generales sobre este subprincipio; vid. BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 687 a 734.

¹⁵⁴ Algunos autores consideran un juicio autónomo el juicio de legitimidad constitucional del fin: así, BARNES, J. («El principio de proporcionalidad», 5 *Cuadernos de Derecho Público*, ob. cit., pág. 25) o PRIETO SANCHÍS («El juicio de ponderación constitucional»; en LAPORTA, FJ: *Constitución. Problemas filosóficos*, ob. cit., pág. 240).

Constitucional se denominan límites directos o indirectos) y la Constitución provee de numerosas razones para limitar la libertad de empresa, entre ellas esa cláusula abierta de "las exigencias de la economía general", que permite justificar todo tipo de limitaciones. En todo caso, también es fin constitucionalmente legítimo cualquier fin de interés general que determine el legislador, en ejercicio de su competencia de regulación del ejercicio de la libertad de empresa (artículo 53.1 CE) y, en general, de su función legislativa (art. 66 CE y normas homólogas de los Estatutos de Autonomía). Del principio democrático – que es un principio constitucional- se deriva la libertad de fijación de fines por el legislador. Negar esta libertad al legislador supone concebir al legislador como un mero ejecutor o intérprete de la Norma Fundamental. Pero la Constitución no es un programa y, aunque sí propone un programa económico-social (fundamentalmente en el capítulo tercero del título I), el legislador no tiene por qué ceñirse en exclusiva a ejecutar ese programa¹⁵⁵. En resumidas cuentas, «la atribución constitucional al Parlamento de la competencia para configurar los derechos fundamentales y para tomar las decisiones más importantes de la vida política implica necesariamente la atribución a este poder de la facultad de proponerse legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no esté prohibido por la Constitución»¹⁵⁶.

Esta es también la posición del Tribunal Constitucional. Véase, por ejemplo, la STC 83/1984, que, en relación con la limitación legal del número de farmacias y con la prohibición legal de dispensar al público especialidades farmacéuticas en otro sitio que no sean las oficinas de farmacia, dispuso: «el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables»; finalidades que pueden encontrar su apoyo en la Constitución, aunque no es necesario, pues nada impide que

¹⁵⁵ Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución, sino ley que no es contraria a la Constitución [DE OTTO, I.: *Constitución y sistema de fuentes* (Ariel, 1987), págs. 48-49].

¹⁵⁶ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit, pág. 694.

los poderes públicos «se propongan otras finalidades u objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos» (fj 3 –la cursiva es mía).

Fin constitucionalmente apto para limitar la libertad de empresa es, por tanto, *cualquier fin no prohibido por la Constitución*¹⁵⁷. A lo que hay que añadir algo más: estos fines han de ser siempre *de interés general*. Es obvio que el legislador no puede limitar los derechos fundamentales para satisfacer intereses particulares. En este sentido, apuntan con agudeza PAZ-ARES y ALFARO cuando dicen que son inconstitucionales «las medidas restrictivas que tienen como finalidad proteger, en perjuicio de los competidores, a determinados empresarios [...] porque la protección de los empresarios de un sector no constituye [...] un valor que pueda perseguirse por el Estado»¹⁵⁸; inconstitucionalidad que se extiende a «las medidas estatales que refuercen las medidas adoptadas por los empresarios para protegerse de la competencia»; o cuando señalan que, en general, «han de considerarse “sospechosas” las medidas restrictivas que tienen un efecto protector de los empresarios que ya están en el mercado frente a los *newcomers* o nuevos entrantes en el mismo», porque en estos casos «es probable que el interés general alegado en la restricción de la libertad de empresa no sea más que el encubrimiento del interés particular de los empresarios temerosos de la entrada de nuevos competidores en su mercado»¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Pero no es lo mismo una limitación amparada en una razón constitucional que en una razón no constitucional: el peso de las razones constitucionales es superior al de las no constitucionales a efectos de ponderar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre esto se volverá después.

¹⁵⁸ Desde esta perspectiva, cabe dudar de la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996), que sujeta a licencia específica (otorgada por la Administración autonómica correspondiente) la apertura de grandes establecimientos comerciales, y condiciona la concesión de la licencia –entre otros factores– a los *efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad*. Por muy importantes que sean los intereses del pequeño comercio, no creo que sean intereses generales que justifiquen válidamente la limitación de la libertad de empresa. Deben ser otras las razones.

¹⁵⁹ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 6024.

Debe, no obstante, distinguirse entre el fin mediato de la limitación legislativa de su fin inmediato. Por fin inmediato se entiende «un estado de cosas fáctico o jurídico que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (el fin mediato)»¹⁶⁰. La limitación siempre responde a una razón de tipo fáctico (el fin inmediato) justificada en una razón jurídica (el fin mediato), siendo así que la idoneidad de una medida se juzga en relación con el fin inmediato, presupuesta la constitucionalidad del fin mediato. Así, en el caso de la STC 66/1991, en el que la limitación de la libertad de empresa consistía en la prohibición de la venta de cangrejos de río vivos de cualquier especie en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, el Tribunal Constitucional distinguió correctamente entre el fin inmediato —la preservación del cangrejo autóctono de la red fluvial de Castilla y León— y el fin mediato —velar por la “utilización racional de todos los recursos naturales (art. 45.2 CE)”. Obviamente, entre el fin inmediato y el fin mediato debe existir una conexión lógica, porque, de faltar esta conexión, la medida limitativa no superaría el test de proporcionalidad.

B. La idoneidad de la limitación.

Con arreglo a este criterio, *una medida limitativa de un derecho fundamental es idónea cuando contribuye de algún modo a la obtención de su fin inmediato*. No se exige al legislador que elija la medida más

Desde esta perspectiva, cabe dudar de la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996), que sujeta a licencia específica (otorgada por la Administración autonómica correspondiente) la apertura de grandes establecimientos comerciales, y condiciona la concesión de la licencia —entre otros factores— a los *efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad*. Cabe preguntarse cuáles son las razones de interés general que justifican una medida de este tipo, que protege *ex ante* a una parte de los empresarios del sector. Desde luego, no vale apelar a la necesidad de asegurar competencia suficiente en el sector, porque para ello ya están las normas de defensa de la competencia, que operan *ex post*, y ni *ex ante*, y que, por ello, son menos restrictivas de la libertad de empresa que la norma que aquí se analiza.

¹⁶⁰ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit, pág. 712.

idónea, sino que no escoja una medida que de ningún modo sea idónea. El juicio de idoneidad no es un juicio positivo sino puramente negativo: no impone al legislador la elección de las medidas más idóneas, sino tan sólo que excluya las que son claramente inidóneas. Esto es lo que demanda el respeto al principio democrático y a la competencia del legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁶¹. Por ello el subprincipio de proporcionalidad puede ser reformulado en negativo: *una medida limitativa de un derecho fundamental no es idónea cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato*.

Este entendimiento de la idoneidad -respetuoso con el legislador- determina el tipo control que debe llevar al cabo el Tribunal Constitucional, tanto desde la perspectiva temporal como desde la perspectiva de la intensidad. Desde la perspectiva temporal, el examen de la idoneidad de la medida debe hacerse atendiendo al momento en que se elaboró la ley (perspectiva *ex ante* del legislador) y no en el momento en que se enjuicia la ley (perspectiva *ex post* del legislador), porque el control de idoneidad no es un control de resultado, sino de falta de previsión: de lo que se trata es de «precisar si, de acuerdo con los conocimientos existentes en el momento en que se expidió la norma legal y con las limitaciones en cuanto a los medios, el tiempo y la información propias de quien debe adoptar una decisión, el Legislador habría podido avizorar la ineptitud de su medida para contribuir a la obtención de su

¹⁶¹ Esta versión débil de la idoneidad «reconoce que el legislador dispone constitucionalmente de un ámbito para estudiar la información técnica de que disponga (ámbito legislativo de apreciación fáctica) y de un ámbito para evaluar las razones políticas que resulten pertinentes [...] (ámbito legislativo de apreciación normativa). Estos dos ámbitos de apreciación son correlativos a un ámbito de decisión, que viene presupuesto por la competencia del legislador para elegir uno, entre los diversos medios a su disposición, que sean idóneos en relación con sus objetivos (el ámbito de decisión estructural). El Tribunal Constitucional debe respetar estos ámbitos de apreciación y de decisión, y para ello, debe aceptar que la Constitución no impone al Legislador el deber de elegir la medida más idónea para conseguir sus fines, sino tan sólo, que los derechos fundamentales prohíben ser restringidos, cuando la restricción carece absolutamente de idoneidad para contribuir a la obtención de su fin» [BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit, pág. 722].

objetivo inmediato»¹⁶². Desde la perspectiva de la intensidad, el control de idoneidad debe ser un control de evidencia: la falta de idoneidad debe ser evidente y, en caso contrario, debe considerarse que la medida es idónea. Esto es, «a excepción de las medidas legislativas que no contribuyan de ningún modo a la realización de la finalidad legítima perseguida por el legislador, todas las demás deberán considerarse idóneas y deberán someterse a la aplicación sucesiva de los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto»¹⁶³.

Para ilustrar la aplicación de la idoneidad a la libertad de empresa, valen algunos ejemplos, extraídos del trabajo de PAZ-ARES y ALFARO. Como ejemplo de medida inidónea tenemos la prohibición de la publicidad comparativa, establecida en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal: esta medida «resulta indudablemente inadecuada para el logro del fin que expresa o implícitamente se alega como merecedor de su realización, a saber, la protección de los consumidores. Muy al contrario, la publicidad comparativa favorece la realización del principio de protección de los consumidores en cuanto les permite obtener información gratuita sobre las cualidades de los productos rivales y, por tanto, realizar elecciones racionales»¹⁶⁴. Como ejemplo de medida no inidónea, a pesar de no ser «la más idónea», tenemos la limitación a la libertad de fijación de precios que supone la Ley del Libro y el Real Decreto que la desarrolla, que prohíben al librero revender al público los libros a un precio inferior en más de un 5% al que establezca el editor: «Aunque es muy discutible que, económicamente, la medida consiga los objetivos que, formalmente, la justifican, es decir, asegurar la variedad en la oferta editorial

¹⁶² BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 729.

¹⁶³ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 720.

¹⁶⁴ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 6024. En este caso, la posición concreta afectada es la libertad de dar publicidad a la actividad empresarial y la posición esencial de la que es manifestación es la autonomía organizativa y de planificación, aunque también resulta afectada la libertad de contratación (en cuanto resulta afectada la libertad del empresario para fijar las condiciones de venta de sus productos o servicios).

asegurando un “hueco” en las librerías para los libros que tienen un nivel de ventas pequeño y fomentando la competencia entre libreros en variedad de oferta y calidad de servicio al impedirles competir en torno al precio, no puede afirmarse con rotundidad que la medida –la imposición del precio de reventa- sea *inadecuada* para la protección del interés general alegado»¹⁶⁵.

En fin, y en relación con el sector farmacéutico en particular, puede hacerse mención a una medida limitativa de la libertad de empresa que ha sido controlada por el Tribunal Constitucional: la prohibición de ser titular de más de una oficina de farmacia (que establece el artículo 20.2 de la Ley 4/1996 de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha). Para el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva del art. 38 CE «nada cabe oponer al principio de una única titularidad de oficina de farmacia, puesto que el interés público vinculado a estas oficinas, que determina como principio básico [...] la presencia física de un farmacéutico en el establecimiento, justifica esa limitación, habida cuenta de la responsabilidad del farmacéutico titular en la prestación del servicio» (STC 109/2003, fj 16). La norma limita severamente la libertad de creación de empresas de farmacia (impide a un empresario “crear” más de una empresa farmacéutica) en Castilla-La Mancha y la justifica el Tribunal Constitucional en la necesidad de asegurar la presencia física de un farmacéutico en el establecimiento de farmacia (fin inmediato), al objeto de prestar una atención responsable a los clientes, en definitiva, al objeto de no poner en riesgo su salud (fin mediato). La medida, desde luego, no es la única idónea para alcanzar el fin inmediato, toda vez que este se puede satisfacer con la presencia física tanto de farmacéuticos titulados que sean propietarios de oficinas de farmacia como de farmacéuticos titulados no propietarios. Pero es idónea (o no inidónea), porque contribuye de alguna manera a asegurar que haya físicamente un farmacéutico en la farmacia. Acaso el problema no sea de idoneidad sino

¹⁶⁵ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *ibidem*, pág. 6029. Aquí claramente la posición esencial afectada es la libertad de contratación.

de necesidad¹⁶⁶, cosa que no se plantea el Tribunal Constitucional, que resuelve el asunto aplicando exclusivamente el subprincipio de idoneidad: una restricción tan importante de la libertad de empresa como la de prohibir a un empresario la titularidad de varias empresas se despacha alegando simplemente que esta restricción es idónea para alcanzar el fin que se propone. ¿Qué sería de los derechos fundamentales si este fuera el *modus operandi* habitual del Tribunal Constitucional?

5.2.1.3. *El subprincipio de necesidad.*

De acuerdo con este subprincipio –también denominado de indispensabilidad o del medio más benigno–, toda norma legislativa limitativa de la libertad de empresa debe ser la más benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar la finalidad inmediata propuesta. Dicho en negativo, una medida legislativa limitativa de la libertad de empresa es innecesaria cuando existen medidas alternativas menos restrictivas que son al menos igual de idóneas para alcanzar el objetivo propuesto. La aplicación de la necesidad exige la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación «se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en

¹⁶⁶ Acaso el problema sea concebir el servicio de farmacia como una actividad empresarial, es decir, como una actividad organizada y, por tanto, susceptible de libertad de empresa, y al mismo tiempo como una actividad personalísima, basada en la figura del farmacéutico. O acaso el problema sea proclamar la libertad de empresa en este sector (como hace el artículo 89 de la Ley General de Sanidad) pero sin medir las consecuencias.

un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional»¹⁶⁷.

Al igual que ocurre con el subprincipio de idoneidad, el juicio de necesidad debe realizarse desde la perspectiva *ex ante* del Legislador, de manera que la medida legislativa sólo es innecesaria «si dados los conocimientos existentes en la época en que fue adoptada, el Parlamento habría podido avizorar la existencia de un medio igualmente idóneo y más benigno con el derecho fundamental afectado»¹⁶⁸. Y, aunque esto no es de todo pacífico en la doctrina, el control de necesidad debe ser un control de evidencia, de manera que una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por innecesaria cuando aparezca de modo evidente que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para contribuir a la realización del fin inmediato, limita con menor intensidad el derecho fundamental. Este control de evidencia es por el que se ha decantado el Tribunal Constitucional, como ya se ha señalado.

En el caso de la prohibición de ser titular de más de una oficina de farmacia -antes analizado desde la idoneidad- es evidente que existe una medida menos restrictiva de la libertad de empresa que la adoptada: exigir legalmente la presencia física de un farmacéutico titulado en toda oficina de farmacia. Esta medida es idónea, incluso más idónea que la adoptada para conseguir el fin inmediato (asegurar la presencia física de un profesional en toda oficina de farmacia) como mediato (proteger la salud de los ciudadanos); y es claramente menos restrictiva para la libertad de empresa que la adoptada: es mucho menos gravoso para la libertad de empresa imponer la carga legal de la presencia física de un profesional farmacéutico en la farmacia (que puede ser el mismo farmacéutico propietario u otro que trabaje para él) que prohibir a un empresario ser titular de más de una empresa. El artículo 20.2 de la Ley 4/1996 de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha

¹⁶⁷ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit, pág. 736. Sobre la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad, vid. las págs. 736 a 752.

¹⁶⁸ BERNAL PULIDO, C., *ibidem*, pág. 752.

debió ser declarado inconstitucional por innecesario para alcanzar el objetivo propuesto¹⁶⁹.

Desde una perspectiva más general, creo que conviene hacer una reflexión somera sobre la necesidad de justificar desde el criterio de necesidad (valga la redundancia) las autorizaciones administrativas previas para ejercer actividades empresariales, tan presentes en muchos sectores de nuestra economía (los sectores "regulados" u otros como la banca, seguros o comercio). Vaya por delante que no creo que en estos sectores no exista libertad de empresa hasta que se concede la autorización por la Administración; en otras palabras, no creo que la exigencia de autorización administrativa previa sea un requisito *constitutivo* del derecho. En el ordenamiento que preside nuestra Constitución, la existencia de la libertad de empresa no depende de una concesión del poder público, porque de lo contrario no es libertad, sino justamente eso, una concesión administrativa. Pero una cosa es la existencia del derecho y otra es su ejercicio válido. A este respecto, la Norma Suprema ha delegado en el legislador la determinación de las condiciones de validez del ejercicio de todos los derechos fundamentales: en esto consiste "regular el ejercicio" ex artículo 53.1 CE, tarea que debe

¹⁶⁹ También debió haber declarado inconstitucional el Tribunal Constitucional la previsión contenida en las leyes 3/1996 (extremeña) y 4/1996 (castellano-manchega) de caducidad de la autorización administrativa por alcanzar el farmacéutico propietario la edad de 70 años o por haber obtenido autorización para otra oficina de farmacia. En el fj 15 de la STC 109/2003 justifica el Tribunal la constitucionalidad de estas medidas fuertemente limitativas de la libertad de empresa (en cuanto que imponen forzosamente la no continuación de la actividad empresarial) con el siguiente razonamiento: «la competencia autonómica de planificación territorial justifica que en ambos casos se produzca la caducidad de la autorización, puesto que los límites al principio del artículo 38 CE que conllevan se enderezan en ambos casos a la mejor prestación del servicio en razón de la plenitud de presencia que se exige a un farmacéutico y a la responsabilidad del titular en la garantía de la prestación del servicio (art. 5 de la Ley 16/1997), siendo por tanto, medidas proporcionadas a aquel fin que, por ello, están justificadas». Una vez más se declara constitucional una medida fuertemente limitativa de la libertad de empresa sólo porque es idónea para alcanzar el fin inmediato que se persigue. No se repara en que el fin inmediato que se alega como justificación de la limitación (asegurar la plenitud de presencia que se exige a un farmacéutico y, por tanto, la prestación responsable del servicio —¿realmente esta es la razón de la limitación?—) se puede obtener por medios menos restrictivos, como exigir la presencia física de un profesional titulado en la oficina de farmacia.

ser respetuosa con el contenido esencial de cada derecho fundamental. Pues bien, nada obsta para que el legislador “regule” que el ejercicio del derecho sólo es válido mediante una autorización administrativa. En este sentido, la autorización no crea el derecho, sino que acredita que puede ejercerse válidamente, en las condiciones que ha fijado la ley.

La autorización administrativa previa no crea la libertad de empresa, pero sí la limita, en la medida en que es un obstáculo al acceso a las actividades empresariales, a la creación de empresas en los sectores sometidos a ella. Es indudable que no es lo mismo que la autorización sea más o menos reglada: cuanto mayor margen de discrecionalidad deje la ley a la Administración más se aproximará a una concesión pública y, por tanto, más difícil de justificar será desde la perspectiva de la proporcionalidad. También es indudable que no es lo mismo que el número de autorizaciones sea limitado o no: en el primer caso estamos ante el cierre del mercado, ante una limitación muy intensa de la libertad de creación de empresas, que deberá justificarse adecuadamente¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Señalan PAZ-ARES y ALFARO que «cuando dichas limitaciones se deben, por ejemplo, a lo limitado del espacio radioeléctrico, la justificación es evidente. También pueden estar justificadas las restricciones al número de empresas como instrumento para garantizar un servicio público de modo universal. Por ejemplo, cuando se limita el número de taxis en un municipio o cuando se organiza el transporte de personas a través de concesionarios de líneas regulares. No hay tal justificación, sin embargo, cuando la limitación del número de empresarios no resulta imprescindible para lograr los objetivos de protección de los consumidores que, habitualmente, justifican la regulación de la actividad» [PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., págs. 6030-6031].

¿Está justificada la limitación del número de autorizaciones para abrir oficinas de farmacia? El Tribunal Constitucional, en la STC 83/1984, no dio argumento alguno: se limitó a decir *nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia* (fj 3, párr. 3). Esto no es decir nada: por supuesto que no está excluida esta posibilidad -como no está excluida la posibilidad de limitar cualquier derecho fundamental- pero siempre que se justifique, y el Tribunal no aporta justificación alguna. Una vez más, ¿qué sería de los derechos fundamentales si este fuera el *modus operandi* habitual del Tribunal Constitucional?. Quizá la razón que explica la norma es que, a cambio de la limitación del acceso, las farmacias deben prestar el servicio también donde no resulte económico hacerlo: la razón es, pues, asegurar la prestación de un servicio esencial para la ciudadanía. La duda estriba en ver si la medida es necesaria, en el sentido de que no existan medios

Pero la aplicación del control de proporcionalidad no depende de estos factores, porque el mero hecho de supeditar a autorización administrativa previa el ejercicio de una actividad empresarial es *en sí* una limitación de la libertad de empresa.

Toda norma legal que prevé la autorización administrativa previa en un sector económico determinado limita de la libertad de empresa en el sector afectado y debe someterse a control de proporcionalidad. Ello obliga a justificar el por qué de la autorización administrativa previa y, sobre todo, obliga a preguntarse por qué es necesario establecerla, por qué el objetivo que se pretende conseguir con ella no se puede conseguir con otra medida menos restrictiva, como puede ser un control *a posteriori*. Si este control es igual de eficaz (igual de idóneo) que el control previo, debe preferirse y descartarse la autorización administrativa previa.

Son muchos los sectores económicos que en nuestro país están sujetos a régimen de autorización administrativa previa (llámese autorización o licencia); los hay incluso que tienen que soportar varias autorizaciones de diferentes Administraciones. En estos sectores la libertad de empresa no queda necesariamente convertida en una concesión pública: ello depende de cómo se regule, de cuál sea el margen de libertad que se otorga a la Administración competente. Pero la libertad de empresa exige respeto, el que impone el apartado 1 del artículo 53 de la Constitución, que obliga a que el establecimiento de todo control previo al ejercicio de la libertad de empresa en un sector se haga por ley (no vale una simple ordenanza municipal) y a que esta norma respete el contenido esencial de aquel derecho fundamental. Y el respeto al contenido esencial conduce a la aplicación del principio de proporcionalidad, en el que el juicio de necesidad juega un papel de primer orden.

Las cosas hay que verlas de este modo, y así se ven también en la Comunidad Europea. Supeditar el acceso a una actividad económica a la

alternativos menos restrictivos de la libertad de empresa que aseguren la prestación del servicio esencial.

obtención de una autorización administrativa es claramente un obstáculo las libertades de establecimiento y prestación de servicios que justifica el sometimiento de toda normativa española al respecto control de "comunitariedad", que es un control de proporcionalidad (el test *Dassoinville-Cassis de Dijon-Keck*)¹⁷¹. A este respecto, la Comisión ha elaborado una *Propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*, que persigue facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de servicios. Y dedica una sección (la segunda del capítulo II) al régimen de autorizaciones previas al ejercicio de actividades de servicios. El artículo 4.1 es claro: los Estados miembros *sólo* podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: que ese régimen no sea discriminatorio, que la necesidad de ese régimen esté objetivamente justificada por una razón imperiosa de interés general y, por último (y aquí es donde entra el juicio de necesidad) que el objetivo perseguido *no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz*¹⁷². La regla es la "no autorización previa", la excepción es la "autorización previa justificada": éste es el viento que viene de Bruselas y que empuja con fuerza contra una técnica de intervencionismo económico que ha sido y es un vicio arraigado entre nosotros. Habrá que tomarse en serio el asunto.

¹⁷¹ Sobre esta cuestión, vid. capítulo IV, apartado 3.2.

¹⁷² Interesa también destacar lo que dispone el artículo 12, que se refiere al supuesto de autorizaciones limitadas. Su apartado 1 dispone: «Cuando el número de autorizaciones disponibles para una determinada actividad esté limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se puedan utilizar, los Estados miembros aplicarán un procedimiento de selección entre los posibles candidatos en el que se den todas las garantías de imparcialidad y de transparencia y, en concreto, se haga la publicidad adecuada del inicio del procedimiento». Repárese en que el precepto parece reducir los supuestos de limitación del número de autorizaciones a dos: escasez de recursos naturales o limitaciones tecnológicas. Piénsese en lo que esto significa, por ejemplo, en el sector de las oficinas de farmacia, que no responden a ninguno de estos dos supuestos justificatorios de la limitación del número de autorizaciones.

5.2.1.4. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Con arreglo a este subprincipio, la limitación de la libertad de empresa que impone la norma legislativa ha de estar justificada en la importancia de la realización del principio constitucional (fin mediato) perseguido con la limitación. En otras palabras, la norma legislativa es proporcionada en sentido estricto si el beneficio que se obtiene con la limitación es superior al coste que supone para la libertad de empresa. La proporcionalidad en sentido estricto se llama también ponderación. Ponderar consiste en comparar entre el grado de intensidad de la limitación en el derecho fundamental y el grado de realización del principio constitucional que fundamenta la limitación. El resultado de la ponderación plasmará en una regla de preferencia condicionada a favor del principio constitucional que salga ganando: si quien sale ganando es el derecho fundamental, la norma legislativa debe ser declarada inconstitucional; si, por el contrario, sale ganando el principio constitucional que fundamenta la limitación, la norma legal será declarada constitucional¹⁷³.

No cabe duda de que ponderar entre principios constitucionales es algo que hace el legislador cuando regula el ejercicio de los derechos fundamentales. El respeto a la libertad de ponderación del legislador ha llevado al Tribunal Constitucional ha postular un control de evidencia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En la STC 55/1996, el Tribunal dijo que este juicio «corresponde al legislador en el ejercicio de

¹⁷³ Sobre la estructura argumentativa del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, me remito a BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit, pág. 759 y ss.

Las mayores objeciones frente a la proporcionalidad se han dirigido contra la proporcionalidad en sentido estricto. El argumento principal es que, frente a los subprincipios de idoneidad y de necesidad –que son criterios generales y, por ello, razonablemente “seguros”–, en la ponderación todo es incertidumbre: no existen criterios generales válidos para todos los casos; los criterios de la ponderación no son criterios seguros, son sólo puntos de vista que no siempre llevan a una única solución correcta. Esta crítica la considera BERNAL correcta, pero no convierte a la ponderación en un criterio irracional: los criterios de la ponderación son reglas –sólo que reglas *prima facie*– y, por tanto, son criterios racionales aunque no definitivos; además, no existe una alternativa metodológica que sea más racional que la que proponen las reglas *prima facie* de la ponderación. Sobre esta cuestión, vid. BERNAL PULIDO, C.: *ibidem*, págs 778 y 785.

actividad normativa», de manera que «sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción [la medida limitativa] y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional» (fj 9; en el mismo sentido, STC 161/1997, fj 12). Al igual que en el juicio de necesidad, sólo lo evidente (en este caso lo evidentemente desproporcionado) merece reproche constitucional para nuestro Tribunal.

Creo que aplicar la evidencia a todos los subprincipios de la proporcionalidad puede conducir a que limitaciones muy intensas de los derechos fundamentales, incluso sustentadas en razones no constitucionales (dada la libertad de fines del legislador)- pasen por constitucionales sin apenas dificultad. La deferencia al legislador no puede extenderse sin más al juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Desde la perspectiva del fin mediano, no es lo mismo que una limitación esté fundamentada en un principio constitucional material a que sólo esté fundamentada en el principio democrático y en la libertad de fines del legislador (principio constitucional formal): el peso de la limitación en el primer caso será mayor que en segundo; como tampoco es lo mismo que el principio constitucional material que fundamente la limitación de un derecho fundamental sea otro derecho fundamental a que lo sean otros bienes constitucionales: el peso de la limitación a efectos de ponderación es necesariamente mayor en el primer caso. Desde la perspectiva de la intensidad de la limitación, no es lo mismo que una norma legislativa elimine (jurídica o fácticamente) una posición concreta adscrita a una posición esencial del derecho fundamental a que simplemente la dificulte, como tampoco es lo mismo que la norma legislativa elimine directamente una posición esencial a que no lo haga: cuanto más intensa sea la limitación de un derecho fundamental, menos peso tendrá en la ponderación (o más necesitada estará de justificación).

Estas razones me llevan a distinguir entre dos extremos:

- En un extremo están las medidas legislativas que dificultan –sin eliminar– una posición concreta adscrita a una posición esencial de la libertad de empresa y que están justificadas en la protección de otro derecho fundamental. Este grupo de medidas no dañan gravemente la libertad de empresa y, además, están justificadas en las razones más importantes (la defensa de otros derechos fundamentales)¹⁷⁴. Si son idóneas y necesarias, no parece que sean manifiestamente desproporcionadas. Pienso que estas medidas deben presumirse constitucionales, a menos que una argumentación exhaustiva en contrario demuestre lo contrario. Se trata de una presunción *iuris tantum*, a expensas de las circunstancias del caso concreto, bien que la carga de la argumentación en contrario debe recaer en quien alega la inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional debe presumir la constitucionalidad de la ley, pues es lo que parece evidente, a menos que una argumentación intensiva en contrario haga evidente la desproporcionalidad *sensu stricto* de la ley.

- En otro extremo están las medidas legislativas que eliminan (jurídica o fácticamente) una posición esencial de la libertad de empresa y que no están justificadas en una razón constitucional expresa y concreta¹⁷⁵. Estas medidas dañan gravemente la libertad de empresa y no están avaladas por una razón de peso¹⁷⁶. Parecen desproporcionadas, especialmente si no son *las más* idóneas ni *las más* necesarias para alcanzar su fin inmediato. Pienso que deben presumirse inconstitucionales a menos que una argumentación exhaustiva demuestre lo contrario. La presunción es también *iuris tantum*, aunque aquí la carga de la argumentación debe recaer en quien alega la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional

¹⁷⁴ Pienso, por ejemplo, en la actual regulación del despido que establece el Estatuto de los Trabajadores. Esta regulación dificulta (cada vez menos) pero no impide la libertad de despido, que es una manifestación de la autonomía organizativa del empresario; además, el fin mediano al que responde es la protección de un derecho fundamental (el derecho al trabajo).

¹⁷⁵ No vale apelar a las indeterminadas "exigencias de la economía general". Esto no es una justificación constitucional concreta, sino una apelación a la libertad de fines del legislador en materia económica.

¹⁷⁶ Piénsese, por ejemplo, en la declaración de ilicitud de cualquier actividad económica por razones no directamente constitucionales.

debe concluir que la ley es inconstitucional, pues es lo que parece evidente, a menos que una argumentación intensiva en contra haga evidente la proporcionalidad *sensu stricto* de la ley.

En una escala de 0 a 10 de intensidad de limitación, pongamos que el primer grupo de medidas se situaría en el 1 (el "0" se reserva para las medidas que no limitan, o que no limitan significativamente la libertad de empresa) y pongamos que el segundo grupo se sitúa en el 9 (con tendencia al 10, que se reserva para las medidas a las que les es aplicable la barrera de intensidad absoluta, tal como se verá inmediatamente). Entre el 2 y el 8 se sitúan todas las demás medidas limitativas de la libertad de empresa a efectos de aplicar la proporcionalidad *sensu stricto*. Nada está decidido de antemano (los criterios de la proporcionalidad *sensu stricto* son reglas *prima facie*), habrá que estar a cada caso concreto. Al Tribunal Constitucional debe reconocérsele un margen de discrecionalidad (que no de arbitrariedad –la decisión que tome debe ser una decisión razonada y razonable), pero también debe imponérsele un cierta obligación de autocontención frente a la libertad del legislador: la presunción de constitucionalidad de las leyes opera a favor de respetar la ponderación legislativa. Pero, cuanto más nos alejemos de 1 y más nos acerquemos a 9, más indicios habrá para desmontar esa presunción *a favor* de la ley y para transformarla en una presunción *en contra* de la ley.

En fin, si se quieren escudriñar desde el juicio de proporcionalidad en sentido estricto algunos supuestos concretos en sede de libertad de empresa, me remito a los que proponen PAZ-ARES y ALFARO¹⁷⁷. Me interesa rescatar, como caso probable de proporcionalidad *sensu stricto*, el que representan las normas que exige la forma de sociedad anónima para las compañías de seguros o los bancos: estas normas imponen

¹⁷⁷ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, ob. cit., págs. 6033 a 6040.

forzosamente una estructura jurídica determinada a los empresarios de estos sectores, de manera que limitan su libertad de iniciar una actividad empresarial; PAZ-ARES y ALFARO defienden su proporcionalidad *sensu stricto* con el razonable argumento de la escasa onerosidad que en Derecho español tiene la forma de sociedad anónima en comparación con la sociedad limitada: el capital social mínimo exigido para la constitución de sociedades anónimas es de 60.000 euros (artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas)¹⁷⁸. Por contraste, como caso probable de desproporcionalidad *sensu stricto*, rescato el de la prohibición de reventa a consumidores finales bajo coste de adquisición contenida en los artículos 9 y 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: esta regulación limita la libertad de fijación de precios (manifestación esencial de la libertad de contratación) y aquí la desproporción estriba «en que la prohibición es de carácter general (afecta a pequeñas y grandes empresas de distribución) con lo que se impide a cualquier empresa, por ejemplo, que venda a pérdida para deshacerse de una mercancía que adquirió, por error, en cantidades excesivas o para superar problemas financieros (la empresa necesita liquidez inmediata)»¹⁷⁹.

Para finalizar, y una vez hecho el análisis de la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad a las medidas legislativas limitadoras de la libertad de empresa, conviene recordar que no basta que una norma legislativa de la libertad de empresa sea proporcionada para ser válida (a reserva de lo que ahora se diga respecto de la barrera de intensidad absoluta). Al control de "constitucionalidad" de la ley hay que añadir el control de "comunitariedad" de la misma, por efecto de nuestra adhesión a la Unión Europea. Hay que traer a colación aquí todo lo que se ha dicho en el apartado 3.2 del capítulo IV. En resumidas cuentas, el acceso al

¹⁷⁸ El capital social mínimo para constituir una Sociedad Limitada es de 3000 euros (art. 4 de la Ley 2/1995). «Naturalmente, sería desproporcionada una norma que impusiese la forma de sociedad anónima para una pequeña empresa» [PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *ibidem*, pág. 6035, nota 179].

¹⁷⁹ PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *ibidem*, págs. 6035-6036.

mercado español de mercancías o servicios procedentes de países comunitarios y el establecimiento mismo de empresarios comunitarios en nuestro país sólo puede ser obstaculizado por medidas internas (normativas o no) no discriminatorias que se justifiquen por una razón imperiosa de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En ausencia de estas condiciones, la medida en cuestión estará prohibida por el Tratado¹⁸⁰ y no podrán impedir el acceso al mercado español de la mercancía, servicio o empresario afectado.

5.2.2. La barrera de intensidad absoluta.

Vuelvo a las palabras de PRIETO SANCHIS: existen condiciones de sacrificio del derecho tan radicales, tan lesivas de su esencia, en las que es posible afirmar por adelantado su falta de justificación y, con ello, su ilegitimidad constitucional. La libertad de empresa es un derecho fundamental como los demás y, en consecuencia, debe ser garantizado de la misma forma que los demás derechos fundamentales. Es cierto que se trata de un derecho sobre el que se proyectan amplias posibilidades de limitación, pero estas posibilidades no son ilimitadas en su intensidad: en ningún caso la necesidad de preservar un principio constitucional (aunque sea un derecho fundamental) puede justificar que una regulación legislativa general elimine o prive totalmente de sentido en la práctica la libertad de empresa. Una ponderación tan extrema entre esta libertad y el principio que avala la limitación no puede ser hecha por el legislador, ni el Tribunal Constitucional debe consentirla.

Ha de tratarse de casos claros, en los que es patente que la libertad de empresa queda irreconocible, vacía totalmente de contenido o privada totalmente de sentido. Si se duda, debe aplicarse el test de

¹⁸⁰ Salvo que se den las excepciones previstas específicamente por el propio Tratado.

proporcionalidad. Estos casos claros sólo se saben cuando se ha dictado la ley correspondiente, por lo que nada concluyente se puede decir *a priori*. Sin embargo, existen casos sospechosos de inconstitucionalidad manifiesta: todos aquellos en los que la ley suprime o elimina totalmente en la práctica cualquiera de las posiciones esenciales que definen la libertad de empresa (especialmente si no están justificadas por una razón de peso), toda vez que cada una de estas posiciones es necesaria para que la libertad de empresa tenga sentido, para que sea reconocible como tal, porque de lo contrario no son esenciales. Eliminar de forma general (para todos los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ley) y absoluta (incondicionadamente) todas, algunas o alguna de estas posiciones abre paso al juicio de inconstitucionalidad manifiesta, aquél que excluye la aplicación del principio de proporcionalidad, precisamente por sospecha de desproporcionalidad manifiesta.

Sabemos cuáles son las posiciones esenciales de la libertad de empresa. A partir de ellas, puede uno aventurarse a señalar algunas "hipótesis familiares" de inconstitucionalidad manifiesta, en las que debe excluirse la aplicación del test de proporcionalidad. No pretendo hacer una enumeración exhaustiva, tan sólo indicar algunos casos claros (o que a mí me parecen claros). Todo ello con las debidas cautelas, porque – insisto- sólo *a ley hecha* puede saberse algo con certeza:

- En lo que respecta al *inicio* de la actividad empresarial, debe repararse en que la decisión de sustraer al mercado una actividad económica exige la aplicación del control de proporcionalidad, salvo que se fundamente en esa cláusula de excepción que es la reserva de recursos o servicios esenciales del artículo 128.2 CE (cláusula que a su vez debe interpretarse restrictivamente). Por eso, los "supuestos familiares" de inconstitucionalidad manifiesta –que excluyan de entrada el test de proporcionalidad- operan en los sectores de mercado. Apunto dos de ellas.

- La primera: creo que sería manifiestamente inconstitucional supeditar a autorización previa el ejercicio de la actividad empresarial en un sector sin fijar condición alguna a la Administración. En esta hipótesis, la libertad de empresa dejaría de ser una libertad para convertirse en una concesión graciosa de la Administración de turno y, por tanto, quedaría irreconocible como tal.

- La segunda (sobre la que no tengo dudas): es manifiestamente inconstitucional obligar a nadie a ejercer una actividad empresarial, con o sin condiciones; esta hipótesis –como ya he dicho– repugna a la dignidad humana y a la libertad misma (desnuda de calificativos) y, además, es una contradicción flagrante con el sistema de economía de mercado.

- En lo que respecta al *ejercicio* de la actividad empresarial, tres son los “supuestos familiares” que propongo, referidos a cada una de las posiciones esenciales que protegen ese ejercicio:

- Creo que sería manifiestamente inconstitucional la imposición por ley de una planificación *totalmente* vinculante de la actividad empresarial en un sector económico determinado¹⁸¹. Como se verá después, frente a la reserva y a la intervención de empresas, la planificación pública no es una excepción a la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, ha de ser compatible con ese contenido esencial. Siendo esto así, una planificación *totalmente* vinculante eliminaría con carácter general y absoluto la autonomía de planificación de los empresarios del sector afectado y los convertiría en meros gestores públicos, en empresarios públicos en definitiva. La libertad de empresa quedaría irreconocible, como derecho fundamental puesto en manos de los particulares, así como privada de todo su sentido, como libertad de planificación privada guiada por la racionalidad del

¹⁸¹ Obviamente, también es inconstitucional la planificación totalmente vinculante de *toda* la economía. Ello supone la eliminación total de la economía de mercado y de la libertad empresa, algo que sólo puede hacerse (si es que puede hacerse) mediante una reforma constitucional.

mercado. Una hipótesis de este tipo sería por adelantado injustificable y, por tanto, inconstitucional.

- También creo que sería manifiestamente inconstitucional una "regulación económica" ¹⁸² que impusiera con carácter estable y no coyuntural todas las condiciones relevantes de contratación en un sector determinado. En este supuesto no habría verdaderamente mercado y, en consecuencia, no habría producción *para* el mercado. La libertad de empresa quedaría también privada de sentido, como libertad de actividad empresarial guiada por la racionalidad del mercado.

- Por último, aunque un tanto absurdo, no es descartable el supuesto de una regulación impositiva que impida jurídicamente o en la práctica la apropiación del beneficio económico en un sector determinado. Ello tendría alcance confiscatorio (algo que prohíbe el artículo 31.1 CE) y, afectaría básicamente el derecho de propiedad (art. 33 CE); pero, al impedir en la práctica la *posibilidad* de beneficios, también eliminaría el incentivo para emprender actividades económicas privadas y acabaría de hecho con la actividad empresarial en el sector afectado. La libertad de empresa carecería de sentido, como libertad de actividad empresarial guiada por la búsqueda del beneficio.

- En lo que se refiere al cese en la actividad empresarial, desde luego que es manifiestamente inconstitucional obligar a nadie a continuar ejerciendo una actividad empresarial si no se quiere: ello también repugna a la dignidad humana y a la libertad. No es, por el contrario,

¹⁸² Recuérdese que la "regulación económica" alude a la actividad pública de control de precios y de imposición de restricciones en el ejercicio de ciertas actividades económicas; y que es algo cualitativamente distinto de la llamada "policía administrativa": ésta es una regulación externa, que hace referencia a determinadas condiciones externas (de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física) en las que se desarrolla la actividad de que se trata, pero sin entrar en el interior de ella ni predeterminar las decisiones empresariales; por el contrario, aquella es una regulación interna, que sí predetermina las decisiones empresariales (el *quantum* de producción, las zonas o mercados que sirve cada empresa, los precios o retribuciones que se perciben, etc.). Vid. capítulo IV, apartado 2.2.1.

manifiestamente inconstitucional la imposición forzosa del cese que establece la ley en algunos sectores, sujetos a autorización previa. No existe un derecho incondicionado a sostener contra viento y marea una actividad empresarial (el mismo artículo 38 CE manda a los poderes públicos defender la productividad). Sí existe derecho a sostener una actividad empresarial con arreglo a condiciones proporcionadas (o no desproporcionadas). Pero si estas condiciones dejan de cumplirse, el cese forzoso en la actividad (la revocación de la autorización) estaría justificado. La imposición forzosa del cese no es en sí misma inconstitucional, depende de cómo se regule.

5.3. Las excepciones a la regla.

5.3.1. *Planteamiento general.*

Decía en el capítulo III (apartado 3.3.1.2.B), que la Constitución no se ha contentado con ofrecer razones (constitucionales) para la intervención pública en la economía privada. También ha proporcionado instrumentos (constitucionales) de intervención, en los artículos 128.2, segundo inciso, y 131. Estas últimas normas son normas de competencia, porque atribuyen directamente a los poderes públicos competencias, esto es, la capacidad para producir actos jurídicos: reservar al sector público recursos o servicios esenciales, intervenir empresas o planificar la actividad económica general. Y las competencias que atribuyen esas normas son de ejercicio facultativo y no obligatorio («se podrá» -art. 128.2 segundo inciso-; «podrá» -art. 131-), lo que pone en evidencia que no son inherentes al sistema económico ni a la actividad económica pública, sino simples opciones puestas a disposición del poder político de turno. En resumen, en el artículo 128.2 y en el artículo 131 hay normas de competencia articuladas como permisos.

¿Cuál es la posición de estas normas en relación con la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa? En este punto existen diferencias entre las normas del artículo 128.2 (segundo inciso) y la del artículo 131. Como adelanté también en el capítulo II (apartado 3.3.1.2.B), las “reservas” y las “intervenciones de empresas” son técnicas muy agresivas, cuyo ejercicio supone *necesariamente* el sacrificio de la iniciativa económica privada, ya sea en relación con un bloque de bienes o servicios (las reservas), ya sea en relación con una o varias empresas concretas (las intervenciones de empresas)¹⁸³. Su incorporación a la Constitución permite sortear el obstáculo que supone el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa: el contenido esencial es resistente a la ley, pero no a la Constitución misma. La relación entre las dos normas del segundo inciso del apartado 2 del artículo 128 y la del artículo 38, en conexión con el artículo 53.1, se acomoda al modelo de reglas: las primeras son reglas constitucionales que excepcionan la aplicación de la regla constitucional del respeto al contenido esencial de la libertad de empresa (artículo 38 CE en conexión con el artículo 53.1 CE). Son excepciones a la regla que, por incluidas en la Constitución, son constitucionales.

No se puede decir lo mismo de la planificación, por una serie de razones. La primera es que –frente al supuesto anterior– la planificación no supone *necesariamente* el sacrificio de la libertad de empresa: esto sólo sucede si se configura como *totalmente vinculante para el sector privado*, algo que no dice expresamente la Constitución. Muy al contrario –y esta es la segunda razón–, el artículo 38 de la Constitución parece concebir la relación entre libertad de empresa y planificación como una relación de compatibilidad: los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la libertad de empresa *de acuerdo con* las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Las exigencias de la “economía general” y de la “planificación” se sitúan en un mismo plano,

¹⁸³ Cuando la intervención es parcial, el sacrificio de la libertad de empresa es parcial. En todo caso, decidir que la intervención sea total o parcial queda en manos de los poderes públicos, que es tanto como decir que la libertad de empresa queda en sus manos.

como razones para limitar la libertad de empresa, pero no para eliminarla¹⁸⁴. Por último, no se puede ignorar lo que el Tribunal Constitucional ha dicho: libertad de empresa y planificación han de ser compatibles (STC 37/1981, fj 2, párrafo 6.º)¹⁸⁵. Estas razones me conducen a pensar que el artículo 38 CE, cuando se refiere a la planificación, no establece una regla constitucional que excepciona la aplicación de la regla constitucional de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa. Entonces, ¿cuál es el sentido de esta referencia? Antes de responder a esta pregunta, proceden algunos apuntes sobre las técnicas de intervención del artículo 128.2 CE.

5.3.2. La intervención de empresas.

El significado de la "intervención de empresas" no plantea grandes problemas doctrinales¹⁸⁶: se trata de una acción que no afecta a la titularidad de la empresa, sino a su gestión, que se "publica", al pasar a manos de un órgano público que, o bien participa en la toma de decisiones (publicación parcial), o bien sustituye totalmente a los órganos de decisión de la empresa en la gestión de ésta (publicación total). Supone un sacrificio singular de la libertad de empresa, en concreto de su autonomía organizativa y de planificación, que puede afectar a una o varias empresas, pero no a todas las empresas de un sector: la norma constitucional no autoriza una intervención generalizada de empresas¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Si la planificación se entendiera como excepción a la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, también habría que considerar excepciones a esta regla todas las múltiples medidas legislativas que se pueden adoptar para satisfacer las exigencias de la economía general. La libertad de empresa quedaría así enteramente subordinada al interés general económico, y el enunciado del artículo 53.1 CE sería un enunciado vacío de contenido en relación con este derecho fundamental.

¹⁸⁵ Bien que lo ha dicho respecto de la planificación *general* del artículo 131 CE.

¹⁸⁶ Sobre este asunto, me remito a GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas* (Marcial Pons, 1996).

¹⁸⁷ Una intervención general de todas las empresas de un sector sólo es posible como efecto de una reserva de ese sector de actividad que conlleve al mismo tiempo la gestión directa de la misma por el sector público.

Por último, como excepción que es a la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, hay que interpretarla como una medida temporal (algo que acepta unánimemente la doctrina)¹⁸⁸ y excepcional: «sólo cabrá intervenir una empresa cuando sea imposible alcanzar el mismo fin que persigue la intervención por otro mecanismo menos restrictivo de derechos»¹⁸⁹.

La Constitución sujeta a dos límites expresos la medida interventora: uno formal (ha de acordarse *mediante ley*) y otro material (cuando así lo exigiere *el interés general*). En lo que respecta al límite formal, la cuestión debatida que más me interesa es si cabe regular con carácter general la técnica de la intervención de empresas (mediante una ley general), de manera que la intervención en concreto se ejecute mediante un acto singular de aplicación, o si es preciso que cada acto singular de intervención se haga mediante ley (ley singular,)¹⁹⁰. Sobre este extremo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando que, la expresión "mediante ley" que utiliza el artículo 128.2 CE, «además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención [de empresas], permite la Ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con la de Ley en sentido formal» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, fj 10). Son, pues, constitucionales las leyes generales que definan los presupuestos jurídicos de la intervención de empresas en abstracto, para su posterior ejecución en virtud de actos singulares de aplicación. Es más, me atrevería a decir que este debe ser el modo

¹⁸⁸ Vid. GAMERO CASADO, E.: *ob. cit.*, pág. 155 (nota 31).

¹⁸⁹ GAMERO CASADO, E., *ob. cit.*, pág. 154.

¹⁹⁰ De no admitirse lo primero, serían inconstitucionales diversas leyes que autorizan intervenciones de empresas que no son realizadas mediante actos con fuerza de ley: vid. a este respecto la segunda parte de la obra de GAMERO CASADO. Con posterioridad a esta obra, es pertinente citar el artículo 4.5 de la *Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003)*, que dispone que «el Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de determinados servicios o de la explotación de determinadas redes de comunicaciones electrónicas ... para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional»

normal de proceder, y que lo anormal es la ley singular: anormal, que no inconstitucional, siempre que se den circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que fuercen a adoptar inmediatamente una medida de intervención no prevista en leyes generales¹⁹¹.

Sobre el límite material (el *interés general* como causa habilitante de la intervención de empresas) planea la cuestión de si es un concepto jurídico indeterminado o un concepto discrecional. Se trata de un asunto controvertido que ha enfrentado –incluso agriamente– a insignes juristas y en la que no voy a entrar. Me limitaré a apuntar que el “interés general” es un límite que expresamente establece la Constitución y, por tanto, no es algo sobre lo que puedan decidir libremente los poderes públicos (sea legislativo o ejecutivo): estos son libres de intervenir o no, pero, si intervienen, no son libres de decidir sobre el sentido de la intervención, que habrá de ajustarse a una finalidad de interés general¹⁹². La decisión de intervenir es sin duda controlable jurisdiccionalmente en lo que concierne a si responde o no a una finalidad de interés general.

Ciertamente, la determinación de lo que es interés general es algo en lo que cabe un margen amplio de libertad a favor de los poderes públicos, pero deben tenerse en cuenta dos datos: el primero, que el interés general se hace bastante preciso cuando se cuestiona en el caso concreto¹⁹³; el segundo, que una cosa es que existan varias razones de

¹⁹¹ En el mismo sentido, GAMERO CASADO, E.: *ob. cit.*, págs. 124-125. Me remito también a él en todo lo atinente al reparto competencial en materia de intervención de empresas (págs. 124 y ss). Creo que no me aparto de la esencia de su relato si digo que la intervención sigue a la competencia: quien tiene la competencia sobre un ámbito de actividad económica tiene la competencia de intervenir empresas. No obstante, normas de los apartados 1 y 13 del artículo 149 atribuyen al Estado la competencia de dictar normas básicas sobre el particular. En este sentido, una ley general de intervención de empresas debe ser una ley estatal.

¹⁹² Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, «un principio cardinal del constitucionalismo americano es que quienes están limitados por el Derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas» [GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado»; en *Democracia, jueces y control de la Administración* (Civitas, 1998 –4.ª ed.), pág. 224.

¹⁹³ La determinación de lo que es interés general demanda así una interpretación *sensu stricto* y es poco susceptible de interpretación *sensu largo*.

interés general para intervenir una empresa y otra es que la razón que se alega en el caso concreto sea de interés general: la libertad de fines de interés general que tienen los poderes públicos no es igual a libertad para fijar fines que no sean de interés general.

A partir de estos datos, creo que el control del interés general de toda medida de intervención de empresas debe ser, en esencia, un control de *razonabilidad*: la medida será inconstitucional si, a la luz del caso, el fin en que se justifica es *manifiestamente* contrario al interés general (si existen dudas al respecto, debe presumirse que el fin es de interés general); y si, aún siendo de interés general, la intervención es *manifiestamente* inidónea para conseguir el fin de interés general en que se justifica. A ese control de razonabilidad (que es un control de evidencia) hay que añadir un control de *necesidad* de la medida, dado el carácter excepcional que debe tener toda intervención de empresas: la medida será inconstitucional si *manifiestamente* existen otros medios menos restrictivos que revistan al menos la misma idoneidad para alcanzar el fin de interés general perseguido¹⁹⁴.

5.3.3. La reserva de recursos o servicios esenciales.

Hoy en día existe bastante consenso doctrinal en afirmar que la "reserva de recursos o servicios esenciales" es una operación que supone la sustracción a la iniciativa privada de la titularidad de un bloque de

Recuérdese que la interpretación *sensu largo* consiste en determinar el significado de un enunciado normativo a solas, prescindiendo del caso concreto en que es aplicable; por el contrario, la interpretación *sensu stricto* implica la atribución de significado a un enunciado normativo cuando existen dudas sobre ese significado en un caso concreto.

¹⁹⁴ Como se ve, el control de constitucionalidad material de la intervención de empresas consiste en la aplicación de dos de los tres subprincipios de la proporcionalidad: la idoneidad y la necesidad. El tercero de los subprincipios (la proporcionalidad *sensu stricto*) es improcedente, porque es propio del modelo de principios y no de reglas. La colisión entre el artículo 38 y el 128.2 (segundo inciso) es una colisión entre reglas, en la que no hay nada que ponderar, porque así lo ha decidido el Constituyente: si se da el supuesto de hecho del artículo 128.2 (segundo inciso), se aplica este precepto y se exceptiona la aplicación del artículo 38.

recursos o servicios y su atribución en exclusiva¹⁹⁵ a la titularidad del sector público. Valga, por todas, la definición de MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ: la reserva es «la atribución a Entidades públicas de la titularidad jurídica exclusiva sobre determinado tipo de bienes y servicios»¹⁹⁶.

Los elementos que integran la medida regulada en el artículo 128.2 CE son: un objeto ("recursos" o "servicios")¹⁹⁷, un destinatario (el "sector público")¹⁹⁸ y un acto ("la reserva"). Interesa aquí especialmente precisar

¹⁹⁵ Posición peculiar es la que sostiene MUÑOZ MACHADO, para quien el artículo 128.2 CE no obliga a que las reservas se haga en exclusiva; vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado (tomo I. Los fundamentos)*, ob. cit., pág. 116.

¹⁹⁶ MARTINEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J.L.: «La *publicatio* de recursos y servicios»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, ob. cit., pág. 690. El autor prefiere llamar "*publicatio*" al fenómeno que describe. Me amparo sustancialmente a este autor en las explicaciones que siguen.

A título ejemplificativo, siguen la tesis que aquí se defiende autores con posiciones tan dispares en otros extremos de Derecho Público Económico como ARIÑO ORTIZ [«Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)»; en VV. AA: *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla* (Editorial Complutense, 1992), vol. 2, págs. 1315 y ss.] y DE LA QUADRA-SALCEDO [«Artículo 128»; en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ob. cit., tomo X, pág. 47 y ss.], pasando por GOMEZ-FERRER MORANT [«La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales»; en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, ob. cit., vol. V, pág. 3803 y ss.] o Sebastián MARTÍN-RETORTILLO [*Derecho Administrativo económico*, ob. cit., pág. 294 y ss.].

¹⁹⁷ Por "recursos" hay que entender «toda clase de *bienes*, tomados precisamente en su idoneidad instrumental para la satisfacción directa o indirecta de determinadas necesidades». Por "servicios" hay que entender cualquier «actividad prestacional de un sujeto en favor de otro u otros», lo que engloba tanto la prestación que tiene por objeto inmediato una operación sobre un bien (el transporte de mercancías) como la que tiene por objeto una acción directa sobre otra persona (el transporte de viajeros), tanto las actividades del sector terciario como las del sector industrial. Quedan excluidas las prestaciones que impliquen ejercicio de potestad pública, que son «*funciones públicas*, para las que la *publicatio* no es una alternativa opcional, y menos aún excepcional, sino su condición propia y constitutiva» [MARTINEZ-LÓPEZ MUÑIZ: *ibidem*, págs. 691-692].

¹⁹⁸ La expresión comprende en sentido amplio a las entidades públicas territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales) y a todas las que dependan de ellas o estén bajo su influencia dominante. No obstante, todo «cuanto corresponde a las entidades vinculadas o dependientes de las territoriales en que se fundamenta el sistema, lo es por vía instrumental o fiduciaria, correspondiendo en realidad, en último término, a éstas»; de ahí que

el acto, definido en los términos arriba expresados. Lo que caracteriza a la reserva es la atribución *en exclusiva* de la titularidad del objeto al sujeto, siendo indiferente quién gestione el objeto, si directamente el sujeto titular u otro sujeto (público o privado): la reserva «no comporta necesariamente gestión pública directa y ni siquiera exclusividad de un solo gestor»¹⁹⁹. Así entendida, la reserva implica como efecto jurídico la demanialización de los “recursos” o la constitución de un servicio público en exclusiva (un monopolio público) –entendido en sentido subjetivo (lo que se conoce como *publicatio*)– sobre los “servicios” –entendidos en sentido objetivo–. Por lo demás, la reserva del artículo 128.2 «debe referirse siempre a un determinado *tipo* abstracto de bienes y servicios –“de bloques de recursos o servicios”, dijo el Tribunal Constitucional en citada Sentencia 111/1983–, y no a determinados bienes y servicios concretos, lo que es objeto específico, en cambio, de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social, contemplada por el artículo 33.3 de la Constitución»²⁰⁰.

De cuanto antecede se infiere que las actividades que se proyecten sobre los recursos o servicios reservados quedan vedadas a la libertad de empresa. Pero también se puede afirmar –en garantía de la libertad de empresa– que sólo cabe sustraer a la iniciativa privada (para atribuirlos a la iniciativa pública en exclusiva) recursos o servicios considerados “esenciales”, si así lo decide el poder político, que deberá articularse mediante la demanialización del “recurso” o la *publicatio* del servicio. Lo que significa que, *fuera de los “esenciales” no cabe constitucionalmente ni*

la declaración de una reserva «sólo tiene sentido si se efectúa en favor de las Entidades públicas territoriales» [MARTINEZ-LÓPEZ MUÑIZ: *ibidem*, pág. 693].

¹⁹⁹ MARTINEZ-LÓPEZ MUÑIZ: *ibidem*, pág. 695. Distinta es la posición de BASSOLS COMA, quien –siguiendo a la doctrina italiana– considera que la esencia de la reserva es la atribución en exclusiva de la gestión del recurso o servicio: «Cuando la reserva se proyecta sobre la libertad de empresa o la iniciativa económica equivale a la prohibición o pérdida de la legitimidad para el ejercicio del derecho de empresa en un determinado sector económico o campo de actividad económica» [BASSOLS COMA: *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág 177].

²⁰⁰ MARTINEZ-LÓPEZ MUÑIZ: *ibidem*, pág. 697.

la demanialización ni la publicatio de bloques de recursos o servicios²⁰¹. Esta es la tesis más respetuosa con la libertad de empresa y con la economía de mercado consagradas en el artículo 38 de la Constitución²⁰². También es la más coherente con la naturaleza de la norma del artículo 128.2 CE, que es una norma permisiva y, como tal, permite una acción a los poderes públicos (la reserva), pero sólo en lo acotado por el permiso: sólo permite la reserva y, por tanto, la demanialización y la *publicatio*, sobre objetos esenciales; cualquier reserva y, por tanto, cualquier demanialización o *publicatio* sobre objetos no esenciales está prohibida constitucionalmente²⁰³.

El artículo 128.2 CE sujeta a la reserva a límites formales («mediante ley») y materiales (la «esencialidad» del recurso o servicio y la justificación en razones de «interés general»). Al «interés general» ya me he referido al tratar de la intervención de empresas y lo dicho es trasladable aquí: se impone tanto un control de *razonabilidad* como de *necesidad*. Sólo merecen apuntarse de particular dos ideas. La primera apunta a la imbricación que tiene este límite con el de la esencialidad: si un recurso o servicio no es esencial, la reserva es *per se* inidónea. La segunda se refiere a la idea de «servicios universal»: aunque forma parte de la libertad de decisión política tanto «publicar» un servicio como dejarlo en manos privadas pero sometiéndolo a obligaciones de servicio universal, es

²⁰¹ Lo que si cabe es la limitación del ejercicio de la iniciativa económica privada e incluso, en casos extremos, la prohibición de ejercicio (justificada constitucionalmente con arreglo al principio de proporcionalidad). Tampoco es descartable —con carácter excepcional— la demanialización de bienes o servicios singulares, siempre bajo control intenso de proporcionalidad.

²⁰² El Tribunal Constitucional parece haber mantenido en alguna ocasión una posición contraria. Así, en la STC 227/1988 declaró que «reserva» y «demanialización» «no son conceptos jurídicamente equivalentes, pues cabe la reserva sin incorporación al demanio y, viceversa, dominio público sin reserva de uso del bien demanial» (fj 14). Y en la STC 127/1994 vino a decir lo mismo del binomio reserva-*publicatio*: «De manera que se piense o no que la noción de servicio público constituye una efectiva garantía de la prestación de ciertos servicios esenciales cuando concurra el ejercicio de derechos constitucionales» (fj 6).

²⁰³ El sentido del establecimiento de una norma permisiva es, bien permitir lo que antes estaba prohibido, bien introducir certeza si el ordenamiento jurídico precedente guardaba silencio. En cualquiera de las hipótesis, se permite lo acotado por la norma y, en consecuencia, se prohíbe lo no acotado por ella tratándose de actuaciones públicas (lo que no está permitido está prohibido).

indudable que la segunda opción es menos restrictiva para la libertad de empresa que la primera, y esto no puede ignorarse en el control de necesidad.

También me he referido al límite formal al tratar la intervención de empresas, pero aquí la cuestión de si es posible una ley general que regule en abstracto los presupuestos jurídicos de las reservas parece tener en contra a buena parte de la doctrina, que exige una ley particularizada que declare cada reserva en concreto²⁰⁴. Obviamente, no es lo mismo una intervención de empresas que una reserva: la primera tiene alcance singular –se refiere a una o varias empresas concretas–, la segunda tiene alcance general –se refiere a tipos abstractos de bienes o servicios, a bloques de ellos–, por lo que es lógico pensar que cada reserva exige su ley, porque cada declaración de reserva es una declaración de alcance general. Ahora bien, nada obsta a que la reserva tenga eficacia “diferida” o “condicionada”, cuando se hace a favor de las entidades locales: declarada la reserva mediante ley²⁰⁵, la efectiva demanialización del recurso o la *publicatio* puede condicionarse a que así lo decida la entidad local que resulte titular de los bienes y servicios reservados. Es una forma de tener en cuenta «tanto el principio de autonomía local, constitucionalmente garantizado [...] como la gran diversidad que presentan las entidades locales del mismo nivel, especialmente los Municipios»²⁰⁶.

²⁰⁴ Vid, por todos, MARTINEZ –LOPEZ MUÑIZ, J.L.: *ibidem*, pág. 709 (y nota 56, con referencias doctrinales). Por el contrario, a favor de la posibilidad de que se apruebe una ley general sobre reservas se pronuncia BASSOLS COMA [en *Constitución y sistema económico*, ob. cit., pág. 195].

²⁰⁵ Una ley estatal o una ley autonómica que declare la reserva, pero previamente autorizada mediante una ley estatal. Esto es lo que sugiere LOPEZ-MUÑIZ: «es solamente el Estado y, claro está, siempre por medio de la ley, quien puede, bajo nuestro orden constitucional, decidir a la postre sobre la procedencia de cada *publicatio*, porque sólo la ley estatal puede excluir o autorizar la exclusión del ámbito del derecho a la propiedad privada o de la libertad de trabajo (sic) y de empresa, determinados tipos de recursos o servicios. Así se desprende en particular de la interpretación conjunta de los artículos 53.1, 149.1.1ª (y 13.ª) y 139 de la Constitución, que han permitido identificar al Tribunal Constitucional un principio constitucional de *unidad económica y de mercado* con todas sus implicaciones» (*ibidem*, págs. 712-713).

²⁰⁶ LOPEZ-MUÑIZ, J.L.: *ibidem*, pág. 714.

Límite constitucional específico de la reserva es la *esencialidad* del recurso o servicio. La doctrina y el mismo Tribunal Constitucional²⁰⁷ se han animado a definir lo esencial; en todas las definiciones late la misma idea: esencial es todo recurso o servicio que se estima necesario o indispensable para la vida social²⁰⁸ (lo que no es decir mucho). Sobre este concepto se puede verter de nuevo la polémica sobre si es un concepto jurídico indeterminado o un concepto discrecional, en la que seguiré sin entrar. Sí quiero destacar que hay algo en la esencialidad que la acerca al concepto de interés general y algo que la aleja: lo que la acerca es que se trata de un concepto que se hace más preciso en el caso concreto²⁰⁹; lo que la aleja es que es un rasgo interno del objeto (el recurso o servicio) y no una finalidad externa que deba perseguir el acto (la reserva) y, en consecuencia, no se presta al control de idoneidad y necesidad²¹⁰. En estas circunstancias, acaso el único control jurisdiccional que proceda sea un control de *arbitrariedad*: la reserva será inconstitucional cuando verse sobre un tipo de recurso o servicio cuya esencialidad carece de toda lógica, de acuerdo con el más elemental sentido común. Sólo casos fáciles de falta manifiesta de esencialidad deben determinar la inconstitucionalidad de la reserva. Bien entendido

²⁰⁷ Esenciales son «aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad» (STC 26/1981, fj 10).

²⁰⁸ Mi definición se basa en la que da DE LA QUADRA-SALCEDO [«Artículo 128»; en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ob. cit., tomo X, pág. 71. El autor considera con buen criterio que la referencia constitucional al monopolio es un supuesto especial de recurso o servicio esencial: «no se trata de que, además de los supuestos de recursos o servicios esenciales, puedan dar lugar a reserva la existencia de otros recursos o servicios abocados o realmente constitutivos de monopolio de hecho, sino que los supuestos de monopolio deben referirse además a recursos o servicios esenciales» (*ibidem*, pág. 73).

²⁰⁹ Es difícil negar la esencialidad de recursos como el agua o servicios como el transporte. Es difícil admitir la esencialidad de bienes como los videojuegos o de servicios como los de «catering».

²¹⁰ Estos dos controles tienen carácter relacional, esto es, juzgan una medida en relación con una finalidad. Esta relación medio-fin existe entre la reserva y la finalidad de interés general, pero nada de eso hay en la relación que media entre recurso o servicio y esencialidad: lo esencial no es un fin, sino una cualidad del objeto.

que este control ha de hacerse no sólo atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sino del tiempo en que se vive²¹¹.

Pero no basta con que una reserva cumpla con los límites constitucionales que acabo de glosar brevemente. A estos límites hay que añadir los límites derivados del Derecho Comunitario, en concreto, el TCE. Aunque éste «no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros» (artículo 295 TCE)²¹², sí limita la posibilidades de actuación del Estado español en relación con los bienes y servicios atribuidos a su titularidad exclusiva mediante una reserva. Tratándose de mercancías, el artículo 31 TCE²¹³ prohíbe la creación de monopolios comerciales y exige que los ya existentes no discriminen entre los nacionales de los Estados miembros en punto a las condiciones de abastecimiento y de mercado. Tratándose de servicios, el artículo 86 TCE²¹⁴ no prohíbe la creación de empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos²¹⁵, pero sí prohíbe en su apartado 1 a los Estados que adopten ni mantengan respecto de estas empresas ninguna medida contraria a las normas del TCE, especialmente las que prohíben toda discriminación por razón de la nacionalidad y las normas de Derecho de la Competencia. No obstante, el apartado 2 establece una importante excepción: no son aplicables aquellas normas, en particular las de la competencia, a las empresas encargadas de la gestión de *servicios de interés económico general*; esta excepción está supeditada, no obstante, a la circunstancia de que la aplicación de tales normas impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que les ha sido

²¹¹ Como apostilla DE LA QUADRA-SALCEDO, «el acceso a la "sociedad de la información", en términos europeos, o "autopistas de la información", en términos americanos, acabará considerándose un servicio esencial en cuanto indispensable para una sociedad determinada que necesita estar a la altura de su tiempo» (*ibidem*, pág. 72)

²¹² Artículo III-331 del Proyecto de Constitución Europea.

²¹³ Artículo III-44 del Proyecto de Constitución Europea. El TJCE ha reconocido efecto directo a los apartados 1 (STJCE de 3-2-1976, as. *Manghera*, 59/75) y 2 (STJCE de 15-7-1964, as. *Costa c. Enel*, 6/64) del artículo 31.

²¹⁴ Artículo III-55 del Proyecto de Constitución Europea. El TJCE ha reconocido eficacia directa a los apartados 1 y 2 de artículo 86 (vid. STJCE de 11-4-1989, as. *Ahmed Saeed*, 66/86).

²¹⁵ Y este sería el caso de las empresas –públicas o privadas (en régimen de concesión)- encargadas de la gestión de un servicio reservado al sector público.

encomendada²¹⁶; ahora bien, en ningún caso el desarrollo de los intercambios podrá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

Las implicaciones que para la cláusula del artículo 128.2 tiene el artículo 86 TCE son de extraordinaria importancia. Repárese en que si una empresa (pública o privada en régimen de concesión) se beneficia de *derechos exclusivos* -como consecuencia de una reserva- en una parte sustancial del mercado común, será considerada como empresa en situación de posición dominante en el sentido del artículo 82 TCE²¹⁷. Repárese también en que la decisión de reservar en exclusiva un bloque de servicios impide el acceso a las actividades reservadas a empresarios de otros Estados. Esto puede suponer un obstáculo a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, por lo que habrá de estar justificada por exigencias imperiosas de interés general y deberá ser proporcionada, tal como ya conocemos. En definitiva, la decisión de reservar un bloque de servicios deberá pasar un control de proporcionalidad con arreglo al Derecho Comunitario.

Ciertamente, el apartado 2 del artículo 86 TCE amortigua sobremedida el impacto del Derecho Comunitario sobre la cláusula constitucional: no es difícil imaginar que buena parte de los servicios reservados por razones de interés general ex artículo 128.2 CE sean servicios económicos de interés general ex artículo 86.2 TCE, con la consiguiente exclusión de la aplicación de las normas del TCE. Ahora bien, el interés general "español" no tiene por qué coincidir con el interés general "comunitario", por lo que no necesariamente y en todo caso un servicio reservado al sector público español es un servicio económico de interés general comunitario. Además, el apartado 2 del artículo 86 no dice que las normas del TCE no les sean aplicables a las empresas que gestionan en exclusiva este tipo de servicios, tan sólo dice que no les son

²¹⁶ Artículo III-44 del Proyecto de Constitución Europea. El TJCE ha reconocido efecto directo a los apartados 1 (STJCE de 3-2-1976, as. *Manghera*, 59/75) y 2 (STJCE de 15-7-1964, as. *Costa c. Enel*, 6/64) del artículo 31.

²¹⁷ STJCE de 21-9-1999, as- *Albany International*, C-67/96.

aplicables aquellas que impidan el cumplimiento de su misión, y en tanto en cuanto lo impidan²¹⁸; fuera de estos supuestos, estas empresas están sujetas como las demás al TCE.

5.3.4. La planificación²¹⁹

Planificación significa fijación de objetivos y previsión de medios para alcanzarlos. Esto es algo que hacemos todos, en cuanto seres racionales, y es algo que hacen todos en economía de mercado: los particulares (el empresario, el trabajador, el consumidor) y los poderes públicos. La planificación empresarial y la planificación pública responden a pautas de racionalidad, pero se diferencian en la naturaleza de esa racionalidad: la racionalidad del empresario es de interés particular y se orienta al mercado, la de los poderes públicos es de interés general, aunque no siempre se orienta *contra* el mercado.

En efecto, la planificación pública puede incidir sólo en el sector público, sin afectar directamente a los particulares: a esto lo llamamos *planificación vinculante para el sector público*; puede incidir en los particulares, pero para estimular la actividad económica privada y sin carácter obligatorio: a esto lo llamamos *planificación indicativa*; por último, puede incidir sobre los particulares de forma obligatoria, sustituyendo la planificación privada por la pública: a esto lo llamamos *planificación vinculante para el sector privado*. A nuestros efectos, sólo nos interesan las dos últimas formas de planificación, las que afectan directamente a la libertad de empresa. En razón de su incidencia sobre este derecho

²¹⁸ Es necesario que la aplicación de las normas del TCE consideradas en el caso concreto haga imposible el cumplimiento de dicha misión, sin que baste que lo dificulte (STJCE de 23-10-1997, as. C-157 a 160/94). Además, la excepción no es aplicable a *servicios específicos*, disociables del servicio de interés económico general (STJCE de 19-5-1993, as. *Corbeau*, C-320/91).

²¹⁹ Sobre la planificación, me remito a BASSOLS COMA, M.: «La planificación económica», en GARRIDO FALLA, F. (dir.): *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, ob. cit., págs. 233 y ss; y «Artículo 131», en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ob. cit., tomo X, págs. 140 y ss; y a MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., págs. 325 y ss.

fundamental, la planificación indicativa es la versión blanda de la planificación, la vinculante para el sector privado es la versión dura de la misma.

El artículo 38 CE alude a la planificación como instrumento de intervención pública en la libertad de empresa que ha de ser compatible con ella. La referencia del artículo 38 nos conduce directamente al artículo 131 CE. Allí se configura la planificación como una posibilidad (El Estado ... *podrá*), como una opción constitucionalmente válida en manos del poder político de turno. Pero la Constitución no se limita a enunciarla, sino que establece algunas reglas:

- En primer lugar, determina los finés a los que queda vinculada: «atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución»²²⁰.

- En segundo lugar, determina su ámbito de aplicación: «la actividad económica general». Esto significa, desde una perspectiva funcional, que la planificación del artículo 131 se proyecta sobre toda la economía y no sobre sectores concretos: se trata de «una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica» (STC 29/1986); la planificación sectorial cae fuera del ámbito de este precepto, como ha confirmado el Tribunal Constitucional en relación con diversos planes (por ejemplo, los planes de reconversión y reindustrialización -STC 29/1986-

²²⁰ Ha dicho Sebastián MARTÍN-RETORTILLO que un enunciado con este es innecesario, por dos razones: la primera, «porque *todos y cada uno* de los objetivos que precisa el texto del art. 131,1 se sancionan ya de forma expresa en otros artículos de la propia CE (arts. 31,2; arts. 2, 130 y 138; arts. 9,2 y 40.1) y, consecuentemente, *todos* los Poderes públicos están ya vinculados (art. 9,1) a su realización»; la segunda, porque «la finalidad de los planes de actividad económica general *puede* responder, desde luego, a esos fines [...] pero también a otros muchos, para cuyo logro la Constitución emplaza igualmente de forma muy directa a los Poderes públicos: por ejemplo, a los enunciados en el art. 9.3 CE, o a los establecidos en todos y cada uno de los artículos que comprende el Capítulo tercero del Título CE»; de ahí que «en cierto modo, la tipificación que de los fines de la planificación económica establece el art. 131 resulte en buena parte ociosa» [MARTÍN-RETORTILLO, S: *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 366].

los programas de desarrollo regional a que se refiere la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial -STC 183/1988- o la planificación sectorial hidrológica regulada en la Ley de Aguas -STC 27/1988). Esto también significa, desde una perspectiva territorial, que la planificación del artículo 131 es una planificación nacional, esto es, debe abarcar a toda la actividad desarrollada en el territorio nacional.

- En tercer y último lugar, determina el procedimiento de emanación de los planes: en él intervienen por una parte, el Gobierno de la nación (que elabora los planes) y las Cortes Generales (que los aprueban mediante ley); por otra parte, las Comunidades Autónomas (que suministran información al Gobierno) y los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas (que asesoran y colaboran con el Gobierno en la elaboración de los planes), todos ellos organizados en torno a un Consejo asesor, «cuya composición y funciones se determinarán por ley». Este Consejo asesor no se ha regulado (desde luego, el Consejo Económico y Social creado por Ley 21/1991 no es el Consejo al que se refiere el artículo 131.2 CE)

Resulta hasta cierto punto lógico que ese Consejo asesor no se haya regulado, ya que el artículo 131 aún no se ha aplicado²²¹. En realidad, como apunta BASSOLS COMA²²², la única planificación global operativa hasta la presente es la programación presupuestaria (artículo 133 CE). Sí que ha funcionado la planificación sectorial, articulada bien en planes auténticos, sometidos a control del Congreso conforme a las previsiones del artículo 198 del Reglamento del Congreso (planificación energética,

²²¹ La Constitución se aprobó en plena crisis de la planificación indicativa en los países con economía de mercado. Con posterioridad, la caída de los regímenes socialistas acabará por dar el rejón de muerte a la planificación vinculante. En la economía de mercado global, la planificación indicativa ha sido sustituida por la programación del gasto público y la planificación gubernamental por la concertación social. En fin, el proceso privatizador ha dejado poco espacio a la planificación sólo vinculante para el sector público. Sobre todas estas cuestiones, me remito al trabajo de BASSOLS COMA.

²²² *Ibidem*, pág. 154.

sobre la vivienda, de carreteras, de infraestructuras), bien en planes previstos en leyes especiales (planes hidrológicos, de investigación científica y técnica, eléctricos o en materia de telecomunicaciones); a estos planes no les son de ineludible aplicación las previsiones del artículo 131.2 CE, como ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 45/1991, fj 5). También se ha desarrollado una intensa planificación regional, auspiciada por la propia Unión Europea, en la que obviamente no podemos detenernos.

El 131 CE está inédito, pero está ahí para ser aplicado en algún momento. Además, la de este artículo no es la única planificación pública posible: junto a la planificación de toda la actividad económica general cabe la planificación sectorial –de sectores concretos de la economía–, ésta sí plenamente operativa. Competentes para planificar sectorialmente son tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, cada uno en los sectores atribuidos a su competencia: la planificación sigue a la competencia. No obstante la planificación autonómica está condicionada a lo que disponga el Estado en ejercicio de su competencia sobre ordenación general de la economía (artículo 149.1.13.ª)²²³. No es ocioso plantearse pues cómo es posible hacer compatible la libertad de empresa con la planificación pública.

Una planificación *totalmente vinculante para el sector privado* es incompatible con la libertad de empresa. Desde luego, lo es la planificación del artículo 131 CE, que es una planificación de toda la economía: de ser totalmente vinculante, la economía dejaría de ser mercado para transformarse en economía planificada (de corte soviético). Tampoco la planificación sectorial, porque convierte a los empresarios del sector afectado en meros gestores –sin autonomía organizativa y de planificación– y, en consecuencia, hace irreconocible la libertad de empresa. Por el contrario, una planificación meramente *indicativa para el sector privado* es compatible con la libertad de empresa, tanto si es general como sectorial. Pero una planificación tal no supone limitación

²²³ Sobre esta competencia, vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.3.2.2.

alguna de la libertad de empresa, sino, todo lo contrario, un estímulo a la misma. No tiene sentido, pues, en el contexto del artículo 38 CE, entender la planificación como puramente indicativa.

Queda una tercera posibilidad, que da sentido a la referencia a la planificación contenida el artículo 38 CE como límite a la libertad de empresa. Esa tercera posibilidad es la de una planificación (general o sectorial) que, sin anular la planificación privada y el mercado como coordinador de los planes individuales, imponga condicionamientos u obligaciones a la actividad económica privada, al servicio de los objetivos de interés general a los que se refiere el propio artículo 131 o cualesquiera otros. Se trataría de una planificación *condicionante* del sector privado. La planificación se erigiría así en técnica alternativa a la "regulación" del artículo 53.1 CE como técnica de limitación de la libertad de empresa, como medio para asegurar la compatibilidad entre los intereses particulares y el interés general económico.

CAPITULO VIII

OTROS ASPECTOS

1. LIBERTAD DE EMPRESA Y RESERVA DE LEY.

1.1. Significado de la reserva general de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

En el artículo 53.1 CE se contiene una regla en garantía de los derechos fundamentales, que es de alcance general, porque se proyecta sobre todos los poderes públicos, pero de contenido particular para cada uno de ellos: *sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales*. Lógicamente, la regla se dirige primeramente al legislador¹ y plantea algunos interrogantes en sede de libertad de empresa que es preciso responder.

Antes de responder a esos interrogantes, es importante recalcar lo que significa que la Constitución reserve con carácter general a ley la regulación de los derechos fundamentales. La regla constitucional que analizamos no tiene el significado de una norma atributiva de competencia o de una habilitación al legislador para intervenir sobre los derechos fundamentales². Tiene el sentido de toda reserva de ley, que es imponer al legislador la obligación de no desapoderar el objeto reservado en favor de normas infralegales. Como señala con acierto

¹ A la vinculación que impone al Poder Ejecutivo me referiré en este mismo epígrafe 1. A la vinculación que impone al juez me referiré en el apartado siguiente.

² En palabras de JIMÉNEZ CAMPO: «Ni una norma de este último carácter sería necesaria para el legislador —que no necesita de habilitaciones generales, fuera de la contenida en el art. 66.2— ni la posibilidad concreta de regular, en cada caso, los derechos fundamentales halla su medida normativa en este enunciado constitucional, sino en el que corresponde a cada derecho y —con carácter general, en el que impone el respeto a su contenido esencial» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*; ob. cit., pág. 62].

SANTAMARIA PASTOR, la reserva de ley, amén de una garantía de la institución parlamentaria frente a la potestad reglamentaria del Gobierno, es también «una técnica de garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma: la imposición constitucional de que determinadas cuestiones sean reguladas por ley supone que dicha regulación sea efectiva y real, impidiendo que, por razones de comodidad o de conveniencia política, el Parlamento renuncie a llevar a cabo dicha función normativa, sustituyéndola por remisiones o habilitaciones cada vez más amplias e indeterminadas en favor de la potestad reglamentaria»³. La reserva de ley del artículo 53.1 CE cumple la función –propia de toda reserva- de “regular” las relaciones normativas entre el Legislativo y el Ejecutivo sobre una determinada materia: los derechos fundamentales.

No siempre es absolutamente necesaria la intervención del legislador para que el derecho pueda ejercitarse (no lo es en los derechos absolutos, entre los que se encuentra la libertad de empresa), aunque siempre es muy conveniente para reducir la discrecionalidad judicial⁴. Ahora bien, si se interviene *regulando el ejercicio* de los derechos fundamentales –sea necesario o no-, esta intervención ha de hacerse necesariamente mediante ley. En definitiva, el artículo 53.1 CE no determina por sí mismo ni una habilitación, ni una obligación de regulación al legislador, sino una prohibición al Ejecutivo de intervenir en el objeto reservado. Toca ahora precisar en qué consiste el objeto reservado.

³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991); págs. 775 y 776.

⁴ En honor a la verdad, la reserva de ley en materia de derechos fundamentales no es una reserva cualquiera. La ley desempeña un papel muy necesario en relación con los derechos fundamentales. Este papel es triple: en primer lugar, la ley juega una «función “positiva” ... en los derechos fundamentales, ya que estos ... sólo adquieren plenitud aplicativa cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio»; en segundo lugar, la ley desempeña «una función, no ya “garantizadora” del derecho concreto, sino “garantista” del sistema de derechos en su conjunto, delimitando el ejercicio de cada derecho en función de la garantía de ejercicio de los demás»; en tercer y último lugar, «la ley realiza la función, imprescindible en un Estado democrático, de preservar el pluralismo político, pluralismo que ha de garantizarse incluso en materia de derechos» [ARAGÓN REYES, M: «Constitución y derechos fundamentales», 2 *Quaderns de Treball* (1994) págs. 19-20].

1. 2. El objeto reservado: la "regulación del ejercicio".

1.2.1. El problema general: ¿qué es "regulación del ejercicio" de los derechos fundamentales?

La Constitución establece un monopolio a favor de la ley (sólo por ley) de la realización de la tarea que llama "regulación del ejercicio" de los derechos fundamentales. El problema estriba en saber qué comprende la dichosa expresión, e indagar sobre ello no es cosa banal, pues la exigencia de respeto al «contenido esencial» de los derechos fundamentales se predica de esta intervención legislativa⁵. El problema se complica, como se sabe, porque la Constitución emplea otra expresión ("desarrollo") para referirse a las leyes relativas a un grupo de derechos fundamentales, los de la sección 1.^a del capítulo II (artículos 15 a 29)⁶, entre los que no se encuentra la libertad de empresa⁷.

Esa intervención no puede consistir en *crear* el derecho fundamental, pues, como sabemos, el derecho es creado por la Constitución y no por la ley, que es fuente secundaria de los derechos fundamentales, por cuanto no determina su existencia. Dicha esta obviedad, parecería de sentido común entender en sentido genérico la expresión "regulación del

⁵ Aunque no sólo de esta intervención legislativa, como veremos.

⁶ Por todas, SSTC 160/1987 y 212/1996.

⁷ La distinción entre "desarrollo" y "regulación del ejercicio" no existía en el Anteproyecto de Constitución: el artículo 45.1 (actual 53.1) utilizaba el término "desarrollo" [«Sólo por ley ... podrá desarrollarse el ejercicio de tales derechos y libertades»], mientras que el artículo 73.1 (actual 81.1) no utilizaba verbo alguno [«Son leyes orgánicas las relativas al título I (principios generales) y II (de los derechos y deberes fundamentales)»]. Fue la aceptación en el Informe de la Ponencia del Congreso de dos grupos de enmiendas diferentes (la enmienda 779 de la UCD -en relación con el artículo 45.1- y las enmiendas 279 y 404, presentadas por los socialistas de Cataluña y por los socialistas, respectivamente -en relación con el artículo 73.1-) el origen de la distinción. Estas dos enmiendas no tenían relación entre sí y, por tanto, no estaban coordinadas al objeto delimitar el objeto de la intervención del legislador ordinario y del legislador orgánico en sede de derechos fundamentales. La distinción no fue buscada *ex profeso*, y esto es importante destacarlo.

ejercicio”, como comprensiva de «cualquier afectación normativa de un derecho fundamental, responda o no la misma a un llamamiento expreso de la Constitución»⁸. Así entendida, la relación entre “regulación del ejercicio” y “desarrollo” sería de género-especie, esto es, la primera englobaría a la segunda, que cubriría sólo una parte de esa regulación⁹.

El problema de esta generosa interpretación, entendida en sus términos exactos, es que cargaría en exceso de trabajo al Parlamento y, en el caso de la libertad de empresa, casi podría colapsarlo: cualquier medida que incidiera en el ejercicio de cualquier actividad económica se vería obligada a pasar por las Cortes Generales, lo que es sencillamente inviable. Una interpretación “realista” obliga a acotar un poco la interpretación, valga la redundancia. Creo que la expresión “regulación del ejercicio”, en cuanto referida a la ley (norma general por excelencia) designa una actividad consistente en determinar los casos y condiciones *generales* de aplicación de un derecho. Por ello entiendo que la reserva general de ley no se refiere a toda afectación o intervención en un derecho fundamental, sino a toda intervención *general y frontal en sus elementos esenciales*, ya responda o no esta intervención a un llamamiento expreso de la Constitución; ya sea esta intervención positiva (maximización) o negativa (minimización); ya consista en la configuración del derecho (determinación de los casos generales de aplicación -que es

⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*; ob. cit., pág. 63.

⁹ El problema estriba en saber qué es esa parte reservada al desarrollo de la ley orgánica. No nos afecta este asunto, porque la libertad de empresa no exige desarrollo mediante ley orgánica. No obstante, sí es de resaltar cómo el Tribunal Constitucional ha ido ampliando progresivamente el contenido de la especie (“desarrollo”), hasta el punto de que se hace difícil distinguirlo del género (“regulación del ejercicio”). Así, empezó diciendo que desarrollo era igual a regulación *directa*, de manera que no comprendía la mera incidencia, so pena de convertir a las Cortes Generales en un Constituyente permanente (SSTC 6/1982 y 67/1985). Poco después aclaró que el desarrollo abarcaba la determinación del alcance y de los límites del derecho en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas (STC 140/1986). Y más adelante dijo que las “restricciones” (en el sentido de excepciones) a los derechos fundamentales debían estar recogidas en leyes orgánicas (STC 127/1994). Al final, el desarrollo de un derecho se identifica con regulación directa de todos los aspectos esenciales de un derecho fundamental (las facultades que comprende – configuración- y sus limitaciones –ordenación).

lo que demandan los derechos relativos que consisten en un *facere* de los poderes públicos-) o simplemente en su ordenación (determinación de las *condiciones* generales de aplicación -que es lo que demandan los derechos absolutos-); en fin, ya sea una regulación global o puramente parcial del derecho¹⁰.

La Constitución reserva a la ley la regulación *general*¹¹ y *frontal* de los *elementos esenciales* del derecho fundamental. No es "regulación del ejercicio" reservada a ley la regulación *general* de los aspectos *complementarios* del derecho, aquella que no incide frontalmente sobre el ámbito (objetivo y subjetivo) y el contenido esencial del derecho: esta regulación (que es un desarrollo de la ley) está permitida al reglamento, como veremos. Tampoco es "regulación del ejercicio" reservada a ley la regulación *particular* del derecho, referida a personas o supuestos de hecho concretos. Esto es lo que hacen la Administración y los jueces cuando aplican la ley al caso concreto, cada uno en su ámbito. Esto es

¹⁰ Esta reducción del concepto "regulación del ejercicio", unida a la ampliación que del concepto "desarrollo" ha hecho el Tribunal Constitucional, hace difícil discernir que es lo que los diferencia. Mi impresión es que significan más o menos lo mismo, como significa lo mismo "mediante ley", "sólo por ley" o "en los términos que establezcan las leyes", expresiones todas ellas que remiten a una reserva de ley. La distinción no fue buscada por el Constituyente y creo que estamos ante uno de esos defectos de técnica jurídica que tantos quebraderos causan a los juristas. Por tanto, "desarrollo" y "regulación del ejercicio" designan una misma tarea: la disciplina general de los aspectos esenciales que definen un derecho fundamental, sea global o parcial (téngase en cuenta que la STC 127/1994 admite que mediante ley orgánica se haga una regulación parcial de un derecho, siempre que afecte a aspectos esenciales del mismo). La especialidad del artículo 81.1 CE en relación con el artículo 53.1 CE no estriba en la intensidad de la intervención, sino en los derechos intervenidos: para determinados derechos fundamentales (los de la sección 1.ª) esa disciplina general debe hacerse mediante un tipo especial de ley, la ley orgánica.

Acaso la maximización de un derecho de la sección 1.ª no exija ley orgánica, y esta es quizá la única diferencia entre los conceptos ley orgánica-ley ordinaria. Bien entendido que la configuración de un derecho (algo que sí demanda ley orgánica) es muy difícil separarla de la maximización: una y otra son intervenciones positivas en el derecho, frente a la ordenación, que es una intervención negativa (una limitación propiamente dicha). Por tanto, me matizo a mí mismo: "regulación del ejercicio" y "desarrollo" significan *casi* lo mismo.

¹¹ Generalidad entendida en sentido subjetivo (generalidad *sensu stricto*) y objetivo (abstracción). La ley es general en sentido subjetivo en cuanto que sus destinatarios se encuentran definidos de modo impersonal, como pertenecientes a una categoría abstracta. La ley es general en sentido objetivo en cuanto que el supuesto de hecho al que se refiere está definido de forma abstracta, de manera que su aplicación puede producirse en un número indefinido de ocasiones.

algo que también pueden hacer los particulares mediante contrato. Esta regulación *particular* es válida siempre que respete la regulación *general* contenida en la ley y, por supuesto, en la Constitución. La única regulación *particular* que puede contravenir la regulación *general* de la ley es la que proviene de la propia ley (ley *particular* o, más comúnmente llamada, ley *singular*), siempre que esté justificada (en los términos que fijó la STC 111/1983) y, claro está, siempre que respete el contenido esencial del derecho fundamental¹².

1.2.2. El problema particular: ¿qué es regulación del ejercicio de la libertad de empresa?

La determinación de lo que es "regulación del ejercicio" de la libertad de empresa se ha visto notablemente enturbiada por una sorprendente afirmación del Tribunal Constitucional. Es la que hizo en la sentencia 83/1984 (fj 3): *la regulación de las distintas actividades empresariales no es una regulación del ejercicio de la libertad de empresa*. El fundamento de tan sorprendente declaración es éste: el artículo 38 no otorga *derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial*, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden; esto es, *no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada actividad empresarial concreta*. La consecuencia de todo ello es clara: la regulación de los distintos sectores económicos (y de la actividad empresarial en los mismos) no está sujeta a la reserva general de ley del artículo 53.1 CE; la ley sólo será exigida en la medida en que otros preceptos de la Constitución establezcan reservas específicas (como la del artículo 51.3 –regulación del comercio interior–, que no está sujeta al límite del respeto al contenido

¹² No es "regulación del ejercicio" del derecho ex artículo 53.1 CE la que lleva a cabo la llamada ley singular, pero no por ello la ley singular deja de estar sometida a la regla de respeto al contenido esencial del derecho fundamental, que opera sobre toda ley, sea general o particular. El mismo tenor literal del artículo 53.1 CE apoya esta interpretación: la ley debe respetar *en todo caso* el contenido esencial del derecho.

esencial) y, en su defecto, siempre es aplicable el principio de legalidad, que impide a la Administración dictar normas sin la suficiente habilitación legal.

La afirmación es sorprendente, porque decir que la regulación del ejercicio de la actividad empresarial en cualquier sector económico no es regular el ejercicio de la libertad de empresa supone dejar sin protección constitucional la libertad de empresa misma, una vez iniciada la actividad empresarial: lo protegido (vía contenido esencial) es sólo la libertad de *iniciar* (y cesar en) una actividad empresarial en un sector de mercado, pero no la de ejercerla, una vez iniciada. Ello es contradictorio con la afirmación –contenida en la misma sentencia– de que el contenido esencial de libertad de empresa comprende *sostener en libertad* la actividad empresarial, porque este contenido queda al albur de la ley (e incluso del reglamento al amparo de una habilitación legal genérica, allí donde no haya una reserva de ley específica); y, además, no se compadece con la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, que, como sabemos, ha reconocido a la libertad de empresa un contenido esencial *ad intra* y *ad extra* que va más allá del inicio de la actividad empresarial, en tanto se proyecta sobre el desarrollo de la misma.

La posición del Tribunal Constitucional en la sentencia 83/1984 no es concluyente, a la vista de la jurisprudencia posterior. El más elemental sentido común indica que la regulación del ejercicio de la actividad económica en un sector incide necesariamente en las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en ese sector, y todo cuanto incide con carácter general y básico en el ejercicio de la libertad de empresa está reservado a ley. Es evidente que exigir determinados requisitos previos (tanto subjetivos –una determinada cualificación profesional– como objetivos –autorización previa–) para el ejercicio de una actividad empresarial incide en el ejercicio de la *libertad de iniciar una actividad empresarial* (que es ejercicio de la libertad de empresa). Pero también es patente que toda regulación que afecte a la autonomía de organización y planificación del empresario (limitaciones en la fijación de horarios

comerciales, en el poder de dirección o de despido del empresario, por ejemplo) o su libertad de contratación (fijación de precios máximos, prohibiciones de determinadas modalidades de venta) está incidiendo en el ejercicio de la libertad de empresa. Y lo mismo cabe decir de todas aquellas regulaciones que imponen el cese forzoso de la actividad económica en determinados supuestos. Existe así todo un terreno común entre el «ejercicio de la actividad empresarial» y el «ejercicio de la libertad de empresa» que no se puede desconocer, a efectos de la reserva de ley del artículo 53.1 CE.

La regulación del ejercicio de la libertad de empresa que la Constitución reserva a la ley comprende toda intervención general y frontal en los aspectos esenciales del derecho: el ámbito (subjeto y objeto) y el contenido (en sus tres momentos: inicio, ejercicio – desarrollo- y cese). En lo que respecta al contenido, la intervención será normalmente ordenadora (intervención negativa o limitación propiamente dicha), de fijación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho. Sin embargo, no está impedida la intervención configuradora propiamente dicha, como la que lleva a cabo el Estatuto de los Trabajadores al otorgar competencias al empresario en el marco de sus relaciones con los empleados (competencias sancionadoras o de modificación unilateral de las condiciones de trabajo, por ejemplo). Tampoco está impedida, sino habilitada, la intervención propiamente maximizadora, derivada de la dimensión objetiva del derecho: esta intervención positiva en la libertad de empresa, que comprende medidas tales como la defensa de la competencia o liberalizaciones, debe establecerse por ley, en tanto afecte directamente a sus elementos esenciales. A esta última intervención me referiré en el último apartado de este último capítulo.

El artículo 38 CE no contiene una reserva específica de ley en relación con la libertad de empresa, aunque sí existe alguna reserva específica de regulación de la actividad económica, que, obviamente, afecta a la libertad de empresa (por ejemplo, la reserva de regulación del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales -art. 51.3

CE-). Cabe preguntarse si la inexistencia de una reserva específica en la norma que regula la libertad de empresa tiene algún significado, en relación con las normas "iusfundamentales" que sí la tienen. A este respecto, sugiere SOLOZÁBAL que en los derechos fundamentales con reserva específica la Constitución subraya «su necesidad de construcción por el legislador», esto es, invita a éste a completar el régimen de aquellos; por el contrario, en los derechos fundamentales sin reserva específica, esta invitación no existe, lo que «debe llevar a una mayor cautela del poder legislativo, cuya intervención constructiva o definitiva del derecho habría de evitarse, limitándose a una labor ordenadora o tuitiva»¹³. De aceptarse la propuesta interpretativa de SOLOZÁBAL, la libertad de empresa invita a la autocontención al legislador, de manera que debe éste evitar toda labor configuradora de la misma y centrarse en su ordenación y protección. Esto es también lo que demanda su condición de derecho de *libertad*, su condición de libertad sin más¹⁴.

1.3. El sujeto de la reserva.

1.3.1. *La perspectiva horizontal: relaciones legislativo-ejecutivo en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa.*

En principio, la reserva de ley es una reserva de rango, esto es, supone la exigencia de regulación mediante una *norma con rango de ley*, cualquiera que sea esta, entre las que se cuentan las que puede dictar el Gobierno (decretos-leyes y decretos legislativos). El que esa norma con rango de ley lo sea de un determinado tipo no depende de la reserva en sí misma sino de la materia concreta sobre la que se proyecte. Pues bien, en sede de derechos fundamentales, algunas determinaciones

¹³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: «Principialismo y orden constitucional», 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ob. cit., pág. 218.

¹⁴ Sobre la inclusión de la libertad de empresa dentro de las libertades, vid. *supra*, capítulo V, apartado 4.

constitucionales acotan la norma con rango de ley que debe llevar a cabo la reserva:

- La «regulación del ejercicio» de los derechos fundamentales puede hacerse mediante una ley parlamentaria o mediante un decreto legislativo, con el límite para este último de no versar sobre los derechos de la sección 1.^a del capítulo II, los reservados ley orgánica (art. 82 CE). Por tanto, es constitucionalmente admisible la regulación del ejercicio de la libertad de empresa por el Gobierno mediante decreto legislativo¹⁵.

- No cabe *en principio* la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales mediante decreto-ley, dada la prohibición establecida en el artículo 86 de la Constitución: los decretos-leyes no pueden *afectar* a los derechos, deberes y libertades regulados en el Título I. Digo “en principio” porque, si bien el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación generosa del objeto de intervención (todas las situaciones subjetivas – derechos y deberes- configuradas en los Capítulos Primero y Segundo del Título I), ha compensado esa generosidad haciendo una interpretación restrictiva de la intervención prohibida: *afectar* esas situaciones es sólo hacer una ordenación general o esencial de las mismas¹⁶.

Así las cosas, no está vedado al decreto-ley la afectación *general* de aspectos *no esenciales* de la libertad de empresa, siendo éste el mismo terreno de actuación de los reglamentos. Pero tampoco esta prohibido al decreto-ley la afectación *singular*, siempre que la norma respete el contenido esencial del derecho. Y parece claro también que la afectación prohibida al decreto-ley es la afectación *negativa*, la que limita el derecho fundamental, pero no la *positiva* o maximizadora. De no ser así, serían inconstitucionales todos los decretos-leyes de liberalización y estímulo a

¹⁵ El actual Estatuto de los Trabajadores, que regula el ejercicio de la libertad de contratación y organización laboral del empresario, es un decreto legislativo (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

¹⁶ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J [«Decreto-Ley»; en ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I (Civitas, 2001), pág. 334]. Cita en su apoyo como doctrina constitucional relevante la de las SSTC 6/1983, 111/1983 y 182/1997.

la actividad económica, habidos en los últimos años¹⁷, que son normas maximizadoras de la libertad de empresa.

La exigencia constitucional de que la «regulación del ejercicio» de los derechos fundamentales se haga por ley vincula no sólo al legislador, también al complejo Gobierno-Administración (y, en general, a todos cuantos tienen competencia para dictar normas infralegales). La reserva instituida en el artículo 53.1 (como toda reserva) supone, por una parte, la prohibición absoluta de dictar reglamentos independientes en el ámbito reservado: en ausencia de ley, la «regulación del ejercicio» de los derechos fundamentales se encuentra terminantemente prohibida al reglamento, que, caso contrario, será inválida¹⁸. Pero, por otra parte, en presencia de ley que cubra la reserva, no queda impedido el ejercicio de la potestad reglamentaria, que sería una potestad *secundum legem*.

En efecto, no queda excluida la posibilidad de un cierto grado de colaboración del reglamento con la ley que cumpla la reserva, pues ésta puede apelar a la normativa reglamentaria para completar dicha regulación. El problema estriba en averiguar el *quantum* admisible de remisión¹⁹. Este *quantum* no puede fijarse por igual para cada una de las materias reservadas. En particular, en lo que respecta a los derechos fundamentales, parece claro que la *configuración* del derecho, cuando sea necesaria, debe quedar sustancialmente en manos del legislador, que sólo puede remitir a la potestad reglamentaria los aspectos adjetivos o colaterales, y lo mismo cabe decir de la actividad *ordenadora*. Por contra, el grado de remisión al reglamento puede ser mayor cuando la ley se

¹⁷ Vid., por ejemplo, el paquete liberalizador mediante Reales Decretos-leyes 3 a 7/2000, de 23 de junio.

¹⁸ Vid. precisamente la STC 83/1984, que fijó una regla común a todo tipo de reservas: la reserva de ley «no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley» (fj 4).

¹⁹ Sobre los criterios para determinar el grado admisible de remisión al reglamento, vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ob. cit., págs 786 y ss.

oriente a *maximizar* el derecho; en este caso, puede bastar con incluir en la regulación legislativa directrices finalistas que condicionen la normativa que por vía reglamentaria haya de efectuarse.

Entiendo también que hay que estar a cada derecho fundamental en concreto. En lo que hace a la libertad de empresa, deben tenerse en cuenta dos cosas: la primera, que el Gobierno tiene atribuida constitucionalmente la dirección de la política (art. 97 CE), lo que incluye la política económica; la segunda, que la libertad de empresa es un derecho de libertad, que reclama no una regulación configuradora (posible en todo caso) sino básicamente ordenadora y protectora de la misma.

Así las cosas, la *ordenación general* de la libertad de empresa debe estar en manos del legislador, pero no toda la ordenación general, sino sólo la que afecte directamente a los elementos esenciales de la libertad de empresa; todo lo demás puede ser remitido a normas infralegales. En este sentido, la determinación de las condiciones generales del inicio, ejercicio y cese de la actividad empresarial en cada sector económico corresponde a la ley, sin perjuicio de su posterior concreción reglamentaria, que no puede consistir en innovar, esto es, en añadir nuevas condiciones generales a las establecidas por el legislador. Por su parte, la *maximización* de la libertad de empresa es ejercicio de una política económica del Gobierno y, por tanto, aquí la reserva de ley debe relativizarse. No obstante, hay que distinguir: la maximización *obligatoria* de la libertad de empresa, aquella que se orienta a darle una protección suficiente (v. gr., defensa de la competencia)²⁰ debe seguir el mismo camino que la ordenación; no así la *maximización facultativa* que incida directamente en los aspectos esenciales de la libertad de empresa (v. gr., desregulación de sectores fuertemente regulados), en la que bastará que por ley (e incluso por decreto-ley, si se dan las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que constituyen su presupuesto de hecho) se dicte una regulación “marco” que fije directrices condicionantes

²⁰ Sobre la vinculación de los poderes públicos a la dimensión objetiva de la normas de derechos fundamentales, vid. *supra*, capítulo V, apartado 3.2.B.

de la política del Ejecutivo, instrumentada en su caso mediante reglamentos.

1.3.2. La perspectiva vertical: Estado y Comunidades Autónomas en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa.

1.3.2.1. Como dijera tempranamente el Tribunal Constitucional, precisamente al hilo de la libertad de empresa (STC 37/1981, de 16 de noviembre, fj 2), la reserva general de ley en materia de derechos fundamentales no es una reserva de ley estatal, es decir, no predetermina el sujeto que ha de ejecutar la reserva: será el Estado o las Comunidades Autónomas, en función del reparto material de competencias constitucional y estatutariamente establecido.

No obstante, sobre las posibilidades de las Comunidades Autónomas para regular mediante ley el ejercicio de la actividad empresarial en sectores económicos atribuidos a su competencia actúan varias tenazas estatales: una común a todos los derechos fundamentales, el artículo 149.1.1.^a CE; otra común a toda la actividad económica de las Comunidades Autónomas, el artículo 149.1.13.^a; y una última proyectada sobre el estatuto de empresario y los aspectos privados de la contratación mercantil, el artículo 149.1.6.^a. La segunda de las tenazas ya ha sido analizada²¹: en el parecer del Tribunal Constitucional, se concreta en la atribución al Estado de una competencia transversal de *ordenación o dirección general de la economía*, que se proyecta sobre todos los sectores económicos, incluidos los reservados a las Comunidades Autónomas; ello se traduce en la posibilidad de dictar tanto normas generales como medidas singulares, e incluso planes de detalle. Conviene añadir aquí que al amparo de esa competencia se reserva el Estado la legislación sobre defensa de la competencia. Sobre esto último

²¹ Vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.3.2.2.

volveré en el último apartado de este capítulo. Veamos ahora cómo ha interpretado nuestro Tribunal las dos tenazas restantes.

1.3.2.2. La Constitución reserva al Estado la **competencia sobre legislación mercantil (art. 149.1.6.^a)**. La atribución de la "legislación" significa –como se sabe (vid., por todas, STC 103/1999, fj 4)- que el Estado se reserva toda la potestad normativa sobre la materia. Queda para las Comunidades Autónomas (si así lo disponen sus Estatutos) la potestad ejecutiva, esto es, la aplicación administrativa de las normas estatales (normas materiales), sin perjuicio de la posibilidad de dictar normas puramente organizativas. Sobre la materia "mercantil" el Estado tiene así toda la potestad normativa material y, por tanto, la reserva de ley para la regulación del ejercicio de la libertad de empresa, en cuanto se refiera a esa materia, es una reserva de ley estatal.

La cuestión estriba en determinar qué comprende la potestad normativa sobre la materia "mercantil". Desde luego, comprende ámbitos tradicionalmente regidos por el Derecho Mercantil: la capacidad para el ejercicio del comercio o el estatuto jurídico especial al que se sujeta el empresario²². Pero también se proyecta sobre la actividad externa del empresario, esto es, sobre la contratación mercantil. A este respecto, ha dicho la STC 133/1997 (fj 4., letra A) -resumiendo doctrina precedente- que la actividad mercantil está disciplinada por normas de Derecho Público y Derecho Privado, siendo así que la regulación de Derecho Privado corresponde al Estado, al amparo de su competencia sobre

²² Vid. STC 225/1993: «si el Estado posee competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (ex art. 149.1.6 CE), ello excluye, correlativamente, que el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia en materia de "comercio interior", pueda entrar a regular ámbitos de la actividad mercantil que corresponden al Estado, como son –entre otros tradicionalmente regidos por el Derecho Mercantil– los relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles» (fj 5, letra B). Vid. STC 72/1983 (fj 8), que incardinó el Registro Mercantil no dentro de la competencia sobre ordenación de los registros (art. 149.1.8.^a), sino dentro de la competencia sobre legislación mercantil.

legislación mercantil²³, mientras que la regulación de Derecho Público (la llamada disciplina o policía administrativa de mercado) corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas en función de la materia de que se trate. No siempre es fácil discernir qué entra dentro de lo público y qué dentro de lo privado en la actividad mercantil. No obstante, el Tribunal Constitucional ha incluido en la regulación de Derecho Privado las siguientes materias: «el establecimiento de las condiciones generales de contratación, las modalidades de los contratos (STC 71/1982), la delimitación de su contenido típico (STC 37/1981), de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (SSTC 88/1986 y 62/1991), la forma en la que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones de los empresarios (SSTC 37/1981 y 88/1986) o las condiciones de validez de los contratos privados» (STC 37/1997, f.º 2). Es decir, la regulación de la contratación mercantil está reservada al Estado, mientras que la disciplina de mercado corresponde a quién ostenta la competencia sobre el sector económico de que se trate²⁴.

A poco que se observe, la regulación de las tensiones que enfrentan a los agentes privados en la economía de mercado está sustancialmente reservada al Estado: buena parte de las relaciones entre empresarios, por exigencias de las competencias de legislación mercantil y de defensa de la competencia; todas las relaciones entre empresarios y trabajadores, por virtud de la competencia sobre legislación laboral (art. 149.1.7.ª); y parte de las tensiones entre empresarios y consumidores, en virtud una vez más de la competencia sobre legislación mercantil. Le queda a las Comunidades Autónomas la disciplina administrativa de las relaciones entre empresarios y consumidores y, en general, la disciplina administrativa de los mercados, en virtud de títulos específicos (comercio interior, defensa de consumidores y usuarios, etc); títulos sobre los que,

²³ El Tribunal Constitucional apela a la unidad de mercado como justificación: «la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible de la unidad de mercado».

²⁴ Debe precisarse en que una cosa es la contratación en los mercados y otra son los mercados en sí: la regulación de la primera corresponde al Estado ex art. 149.1.6.ª; pero no forma parte del ámbito de la legislación mercantil lo relativo a la creación y ordenación de los mercados (vid. STC 88/1986, f.º 8).

por lo demás, penden dos espadas de Damocles: las competencias estatales 1.^a y 13.^a del artículo 149.1 CE. A la primera de ellas me refiero ahora.

1.3.2.3. El artículo 149.1.1.^o de la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva que, en cuanto a su ámbito, se proyecta sobre todos los derechos y deberes constitucionales y, en cuanto al tipo de potestad que se atribuye, consiste en «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles» en el ejercicio de tales derechos y deberes. Se trata de una potestad llamada a hacer efectivo el principio de igualdad básica de derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 CE). En el terreno económico, este principio es una de las dos proyecciones de la unidad de mercado, como ya se ha dicho²⁵.

La literatura jurídica sobre la competencia 1.^a del artículo 149.1 CE es muy abundante²⁶. Lógicamente, no se trata aquí de hacer un estudio de tan compleja competencia, sino de ver cuáles son las posibilidades normativas que ofrece al Estado en relación con la libertad de empresa, que es uno de esos derechos constitucionales a los que se refiere la norma constitucional. Me atengo a lo que ha dicho el Tribunal Constitucional en la STC 61/1997. Hay un antes y un después de esta sentencia, o, mejor dicho, de lo declarado en sus fundamentos jurídicos 7 y 8. En estos fundamentos despeja las dudas que la oscura, huidiza y cambiante jurisprudencia anterior había suscitado y delimita negativa y positivamente la competencia en cuestión. Posteriormente, algunas otras sentencias han venido a apuntalar y a ampliar la doctrina contenida en

²⁵ Vid. *supra*, capítulo IV, apartados 3.1.1. y 3.1.3.

²⁶ Me remito a uno de los últimos trabajos sobre el particular y a la doctrina citada en ellos. Me refiero al trabajo de TUDELA ARANDA, J.: «A vueltas con el artículo 149.1.1.^a de la Constitución. Un precepto para dos visiones del Estado»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín Retortillo)*, ob. cit., págs. 251 y ss.

estos fundamentos: en particular, las SSTC 173/1998, 290/2000 y 188/2001.

En esencia, sobre la **naturaleza** de la norma nos dice el Tribunal Constitucional que el artículo 149.1.1.^a contiene una norma atributiva de competencia; que la competencia que atribuye no es una competencia transversal u horizontal, sino autónoma²⁷; y, por último, que es una competencia exclusivamente normativa²⁸ (queda excluida toda competencia ejecutiva) y limitada en su objeto: comprende las condiciones básicas que garanticen la igualdad -en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales-, no el diseño acabado y completo de su régimen jurídico.

Sobre el **objeto** de la norma nos dice -en negativo- que “condiciones básicas” no es igual a “bases” o “legislación básica” (el art. 149.1.1.^a no habilita para fijar las bases de los derechos y deberes constitucionales, sino tan sólo para incidir en ellos desde una perspectiva concreta, la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales), como tampoco cabe identificarlas con el “contenido esencial” de los derechos fundamentales (el “contenido esencial” es una garantía a favor del individuo y no una técnica que permita determinar lo que corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas). Lo que en positivo son las “condiciones básicas” lo reserva para el fundamento jurídico 8: las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho, a sus posiciones jurídicas fundamentales, aquellas que son imprescindibles para asegurar la igualdad de las facultades y límites esenciales («facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales,

²⁷ «Las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que se insertan [...]. De lo contrario ... quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1.º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional» (fj 7, párrafo antepenúltimo).

²⁸ Vid. STC 188/2001, en la que se niega que una Orden estatal sobre convocatoria de becas y ayudas al estudio sea ejercicio de la competencia ex art. 149.1.1.^a, entre otras cosas, porque no es una norma. (fj 13).

prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos»); pero dentro de las “condiciones básicas” incluye también «aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho ...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho ...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho; etcétera»²⁹.

A la postre, aunque la norma del 149.1.1.^a no puede confundirse con la norma que exige al legislador respetar el contenido esencial de lo derechos fundamentales (esto es obvio), lo cierto es que la regulación de las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de un derecho fundamental comprende la regulación –igual para todos- de su contenido esencial (las posiciones fundamentales -las facultades y límites esenciales-). A la postre, aunque se diga que no hay que confundir condiciones básicas con bases, la regulación de las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de un derecho fundamental implica la regulación –igual para todos- de los aspectos básicos de cada derecho fundamental, a la vista de lo vasto del contenido asignado a esas “condiciones básicas”. Eso sí, entre la competencia estatal del art. 149.1.1.^a y las competencias estatales para fijar las bases de una materia hay una diferencia: la competencia ex art. 149.1.1.^a es sólo normativa, es sólo competencia para fijar reglas generales, mientras que –como es sabido- la fijación de las bases de una materia puede requerir como excepción el ejercicio de competencias ejecutivas.

De la STC 61/1997 se puede deducir sin temor a equivocación que, como mínimo, la determinación de las condiciones básicas de ejercicio

²⁹ Que entre las condiciones básicas se encuentra el marco organizativo que posibilita el ejercicio del derecho lo confirma la STC 290/2000, que justifica ex art. 149.1.1.^a que la Agencia de Protección de Datos y el Registro Central de Protección de Datos puedan ejercer funciones de información, inspección y sanción respecto de los ficheros informatizados que contengan datos personales y sean de titularidad privada radicados en el territorio de una Comunidad Autónoma.

(inicio, desarrollo y cese) de la libertad de empresa en los diversos sectores económicos -incluidos aquellos atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas- corresponde al Estado. Así lo ha confirmado el propio Tribunal Constitucional para nuestro derecho fundamental: «la libertad de empresa ... exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad ... sólo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores» (STC 109/2003, f.º 8)³⁰. Más claro, el agua.

1.3.2.4. La acción combinada de las competencias 1.ª, 6.ª (y 7.ª) y 13.ª del apartado 1 del artículo 149 hace que la reserva de ley para la regulación del ejercicio de la libertad de empresa (artículo 53.1 CE) sea esencialmente una reserva a favor de la ley estatal. Esto es en cierta medida lógico, porque –como bien dice el Tribunal Constitucional-, la economía de mercado es incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores. El mercado español es uno sólo y su funcionamiento eficaz parece exigir inevitablemente unas reglas básicas comunes para todos los agentes económicos españoles.

Pero no hay que olvidar que el mercado español está integrado en un mercado más amplio –el mercado interior comunitario- y la unidad de este mercado demanda también reglas básicas comunes para todos los agentes económicos que operen en el mismo. Esas reglas básicas son

³⁰ Con anterioridad a la STC 61/1997, el Tribunal Constitucional había hecho algo de doctrina en torno al artículo 149.1.1.ª y a la libertad de empresa. Así, en la STC 136/1991 (f.º 1) fijó las condiciones necesarias para que la normación sancionadora autonómica, en tanto supusiera una delimitación negativa del ámbito de libre ejercicio de la libertad de empresa, afectara a las condiciones básicas de dicho ejercicio y, por tanto, implicara una infracción del artículo 149.1.1.ª. Y en la STC 225/1993 (f.º 3, apartado C, párr. 3), declaró que el régimen de horarios comerciales no forma parte del ámbito de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de la libertad de empresa y, por tanto, el Estado no tiene competencia ex artículo 149.1.1.ª para dictar normas al respecto (sí al amparo de la competencia 13.ª).

las de las cuatro libertades fundamentales y las de defensa de la competencia, que constituyen un auténtico orden económico primario que han de respetar los Estados miembros, que también deben hacer lo propio con el orden económico secundario (Derecho Derivado) que lo desarrolle. La reserva de ley para el ejercicio de la libertad de empresa, básicamente estatal, es una reserva de ejercicio limitada por las exigencias derivadas del Derecho Comunitario.

2. LIBERTAD DE EMPRESA Y JUEZ.

2.1. Sobre la vinculación del juez a la libertad de empresa: consideraciones generales.

La libertad de empresa existe en la práctica cuando se ejerce por sus titulares. Este ejercicio puede ser pacífico (es lo normal y deseable), pero también puede ser fuente de conflictos. De los conflictos se ocupa el juez. En torno al papel del juez en relación con la norma constitucional que reconoce la libertad de empresa surgen dos cuestiones generales que se entrecruzan y que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales: la indeterminación de las normas "iusfundamentales" y la doble vinculación que el juez tiene a la Constitución y a la ley.

2.1.1. La indeterminación de la norma de derecho fundamental: el último nivel.

El enunciado del artículo 38 ("Se reconoce la libertad de empresa") padece de un doble problema de indeterminación (semántica y de aplicación)³¹, cuya resolución exige una doble operación: la interpretación constitucional (que tiene un órgano natural y supremo, el Tribunal

³¹ Vid. *supra*, capítulo VII, apartado 4.2.III

Constitucional), que ha de determinar el significado (constitucional) del enunciado; y la regulación legislativa, que ha de determinar los casos y condiciones *generales* de aplicación del derecho fundamental, al amparo de la reserva de ley ex art. 53.1 CE.

Pero el legislador no puede determinar en su regulación todos los casos o condiciones posibles de aplicación de la libertad de empresa, ya que legisla para casos generales. Queda un último nivel posible de indeterminación: la indeterminación de las condiciones o casos *particulares* o *individuales* de aplicación de los derechos fundamentales. En caso de conflicto particular, corresponde a los órganos integrantes del Poder Judicial resolver esta indeterminación. No así en principio al Tribunal Constitucional, pues la libertad de empresa no está entre los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí puede revisar la ponderación que haya hecho el juez entre la libertad de empresa y otro derecho fundamental recurrible en amparo, si es este último el derecho presuntamente lesionado. Al Tribunal Constitucional puede llegar en amparo la libertad de empresa como derecho "agresor", no como derecho "agredido".

El juez puede encontrarse ante dos problemas de indeterminación *particular*. El primero –más sencillo de resolver– es el de subsunción del caso concreto en el caso genérico previsto por la ley (subsunción *sensu stricto*). V. gr.: el juez tiene que determinar si las razones que alega un empresario para despedir a un trabajador pueden subsumirse en alguna o algunas de las infracciones que dan validez al despido disciplinario, y que se regulan en el Estatuto de los Trabajadores; esto es, tiene que determinar si el empresario, que ha ejercido su libertad de empresa, ha *ejercido válidamente su libertad de empresa, con arreglo a la ley* (el Estatuto de los Trabajadores), que es la que determina el ámbito de validez del derecho. La solución del caso puede exigir del órgano jurisdiccional una labor de interpretación jurídica, aunque distinta de la interpretación dirigida a determinar el significado del enunciado

constitucional del artículo 38 CE: si esta última es una interpretación *sensu amplo* (atribución de significado a un enunciado normativo), aquella es una interpretación *sensu stricto* (atribución de significado a un enunciado normativo cuando existen dudas sobre ese significado en un caso concreto)³².

El problema puede ser, no ya de subsunción en una norma concreta (subsunción en sentido estricto), sino de elección entre diversas normas en las que puede subsumirse el caso (subsunción en sentido amplio). Así ocurre en el caso de *colisión* entre la libertad de empresa de un sujeto y la libertad de empresa de otro (colisión en el ejercicio de un mismo derecho fundamental por dos sujetos) o, más frecuentemente, en el caso de *colisión* entre la libertad de empresa de un sujeto y otro derecho fundamental de otro sujeto (un trabajador). Por ejemplo, puede suceder que, frente a las razón que alega un empresario para despedir un trabajador (transgresión de la buena fe contractual al hacer unas declaraciones públicas contra la empresa –art. 55.1.d) ET–), alegue el trabajador el ejercicio válido de su libertad de expresión (art. 20.1 CE). En estos casos, el juez se puede ver obligado a ponderar entre los derechos fundamentales en juego.

Ahora bien: ¿en qué consiste la ponderación? ¿Cuándo ha de ponderar el juez y cuándo no?. Al primer interrogante respondo que la ponderación consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, con algunas modulaciones: sobre esto volveré inmediatamente. La respuesta al segundo interrogante exige antes hacer alguna precisión acerca de la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley.

2.1.2. La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley y la libertad de empresa.

³² La distinción entre interpretación *sensu largo* e interpretación *sensu stricto* la tomo de WROBLESKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, ob. cit., pág. 22 (vid. *supra*, capítulo VII, apartado 4.2.III, nota 93).

Los jueces están doblemente vinculados, a la Constitución y a la ley, también en lo que respecta a los derechos fundamentales, y a partir de esta doble vinculación surgen dos hipótesis³³:

A. Primera hipótesis: existe ley que regula el ejercicio del derecho fundamental aplicable al caso particular.

Si el juez no duda de su constitucionalidad, debe aplicar inmediatamente la ley, en cuyos preceptos debe buscar primariamente la regla de decisión. El juez debe hacer valer el derecho fundamental a través de las normas legales, pero ello no es óbice para que interprete dichas normas en el sentido más favorable para aquél (principio de *favor libertatis*), pues esta obligado a la tutela judicial *efectiva* de los derechos fundamentales (art. 24.1 CE). Tal interpretación encuentra el límite que representan «los derechos de los demás», lo que en muchas ocasiones obligará al juez a una ponderación entre varios derechos fundamentales en juego. No obstante, la ponderación judicial debe llevarse a cabo, siempre que sea posible, a través de la ley. Esto significa que *si la ley ya ha ponderado entre derechos y ha cerrado el caso particular, el juez debe asumir esa ponderación sin más*. Dicho de otro modo: el juez no puede obviar la ponderación del legislador y sustituirla por la suya propia. Esta es una exigencia ineludible de su vinculación a la ley.

Si, por el contrario, duda de la constitucionalidad de la ley, deberá plantear la cuestión de constitucionalidad, única forma de resolver el conflicto entre su vinculación a la Constitución y a la Ley³⁴. También

³³ En la redacción de este apartado me he inspirado (que no basado del todo) en JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*; ob. cit., págs. 45 y ss.

³⁴ Aquí hay desde luego dos problemas para la libertad de empresa. El primero es que el juez puede no dudar de la validez general de la ley, pero sí de la interpretación que ha de hacerse de la misma en el caso concreto a la luz de la Constitución. En este caso no puede acudir al Tribunal Constitucional, porque no existe en nuestro Derecho la cuestión de interpretación. Debe interpretar por su cuenta, y esa interpretación sólo podrá ser revisada por el Tribunal

puede, para salvar la constitucionalidad de la ley, buscar una «interpretación conforme» a la Constitución de la misma, siempre que sea factible encontrarla, pues la interpretación *secundum constitutionem* no puede ser nunca una interpretación *contra legem*³⁵.

B. *Segunda hipótesis: no existe ley que regula el ejercicio del derecho fundamental aplicable al caso particular.*

Si no existe ley «reguladora del ejercicio del derecho», y dado que el «ejecutivo» no puede suplir la ausencia de regulación, se plantea la cuestión de si el juez puede llenar esa ausencia o si, por el contrario, la reserva de ley del artículo 53.1 CE supone también una prohibición de la libre creación judicial de Derecho.

La respuesta a esta cuestión depende del tipo de derecho fundamental ante el que nos encontremos. Tratándose de los llamados derechos que consisten en prestaciones de hacer de los poderes públicos, la pasividad del legislador no puede ser suplida por el juez: éste no puede colocarse en el lugar del legislador, llevando a cabo una configuración positiva del derecho que sólo este último puede hacer, so pena de convertirse en legislador. Sí es posible la protección judicial *extra*

Constitucional si el derecho en juego es un derecho susceptible de amparo, y este no es el caso de la libertad de empresa.

El segundo problema estriba es que la decisión de promover o no una cuestión de constitucionalidad no es una obligación para el juez, sino una prerrogativa exclusiva e irrecurable de éste. Esto significa que, si un ciudadano ve desoída o rechazada por el órgano judicial su petición de que plantee la cuestión frente a una ley lesiva de su derecho fundamental, sólo puede poner remedio a la situación si se trata de uno de los derechos respecto de los cuales es posible recurrir en amparo; por contra, nada podrá hacer en defensa de su libertad de empresa (o de cualquier otro derecho fundamental de la sección 2.ª) frente a la ley inconstitucional que lo lesione en el caso de que el juez se inhiba.

³⁵ Como señala JIMÉNEZ CAMPO, la *interpretación conforme* «es, más bien, una directriz para seleccionar, de entre los varios entendimientos posibles de un precepto, aquel que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales. Presupone siempre, por lo tanto, una previa interpretación legal, según los cánones tradicionales; más allá de lo que estos permitan no hay interpretación conforme, sino, sencillamente, alteración judicial so pretexto de la Constitución» [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*; ob. cit, pág. 51].

legem en los derechos absolutos, cuyo ejercicio efectivo no depende de una acción positiva de los poderes públicos (muy al contrario, de estos se reclama preferentemente un deber de abstención), sino que queda en manos de sus titulares. En estos casos, la pasividad del legislador (cuando su actuación *ordenadora* sea necesaria o conveniente) no puede conducir a una prohibición de ejercicio del derecho, por lo que el juez puede y debe suplir la inactividad legislativa de la única manera posible: reconociendo y protegiendo ese ejercicio por parte de su titular³⁶.

Este último es el caso de la libertad de empresa: la falta de regulación de su ejercicio no es óbice para su aplicabilidad por el juez, que, en ausencia de ley, sigue vinculado a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) y obligado a tutelarlos efectivamente (art. 24.1 CE). Obviamente, cuando no existe regulación general del derecho llevada a cabo por el legislador, las cosas se complican para el juez, que se ve forzado a apelar directamente a la Constitución para subsuntir el caso particular, o para ponderar entre diversas normas constitucionales en las que se pueda subsumir el caso particular; y la indeterminación de las normas constitucionales es muy superior a la de las normas legales, que se dictan precisamente para aliviar esa indeterminación. En fin, la discrecionalidad judicial aumenta, y esta no es buena noticia para los justiciables. Por eso, no les falta razón a quienes dicen que la mejor ley de derechos fundamentales es la que existe, siempre –claro está– que sea respetuosa con su contenido esencial.

2.1.3. Ponderación judicial y libertad de empresa: conclusiones generales.

³⁶ Es acertada la posición del Tribunal Constitucional en las SSTC 15/1982 y 31/1994, en las que anularon las decisiones administrativas y jurisdiccionales que habían impedido el ejercicio de los derechos a la objeción de conciencia y a la libre transmisión de información mediante televisión local por cable, al amparo precisamente de ausencia de regulación legislativa. El Tribunal aplicó correctamente el principio *quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur*.

Creo que tras estas explicaciones previas estamos en buena disposición para determinar cuándo debe ponderar el juez en un caso particular en el que esté involucrada la libertad de empresa. En mi parecer, la ponderación judicial exige que se den tres condiciones interrelacionadas:

1.^a Que se produzca una colisión *de derechos fundamentales*. El juez sólo está llamado a ponderar en primera instancia en caso de colisiones de derechos fundamentales, no colisiones de derechos y otras figuras jurídicas (como bienes constitucionales). En palabras de ARAGON REYES, «el derecho fundamental sólo puede ser limitado “coyunturalmente” (realmente ni siquiera habría que hablar aquí de “limitación”, sino de “cesión” o “apartamiento” de un derecho en un caso particular) por el juez para preservar (darle una preferencia en el caso) otro derecho fundamental, nunca un bien constitucional que no sea derecho, puesto que ello [...] sólo puede hacerlo el legislador»³⁷. El juez está obligado a dar protección efectiva a los derechos fundamentales (art. 24.1 CE), que le vinculan (art. 53.1 CE), de manera que sólo puede (debe) relativizar esta obligación en un caso concreto cuando un derecho entre en conflicto con otro derecho fundamental: en este caso y sólo en este caso puede apartar un derecho en beneficio de otro, previa ponderación. En caso de conflicto entre un derecho fundamental y un principio constitucional que no sea un derecho fundamental, el juez no tiene nada que ponderar: debe aplicar, o bien la norma de derecho fundamental, o bien la ley que previamente haya ponderado entre el derecho fundamental y el principio constitucional correspondiente.

2.^a Que exista una colisión *verdadera* de derechos fundamentales. Una colisión exige la presencia de dos derechos válidamente

³⁷ ARAGÓN REYES, M.: «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información»; 1 *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (1999), pág. 35. Lo que sí puede hacer el juez es entender que el caso particular es subsumible en una norma legal que ha efectuado esa ponderación: en este supuesto, se estará limitando a aplicar la ley al caso concreto. O bien puede entender que la ponderación legislativa es inconstitucional y plantear la oportuna cuestión de constitucionalidad.

ejercitados³⁸; es decir, sólo hay *verdadera* colisión cuando se enfrenten dos conductas que supongan cada una de ellas ejercicio *válido* de un derecho fundamental, determinado –en su caso– por el legislador. Previa a la ponderación es la determinación de si hay verdadera colisión, o si sólo es una colisión *aparente*, porque uno de los derechos que contienen no se ha ejercido válidamente.

Habrán casos en los que esté claro que sólo hay una colisión aparente, porque no se ha ejercido válidamente uno de los derechos en conflicto. Así, cuando un empresario despide a un trabajador porque este le ha insultado gravemente (al amparo del artículo 54.2.c del ET, que considera causa de despido las ofensas verbales al empresario) no hay colisión, porque en este caso el empresario ha ejercido *inválidamente* su libertad de expresión (mejor dicho, no ha ejercido, sin más, la libertad de expresión, que no ampara el insulto); aquí procede simplemente la aplicación de la ley, la subsunción en sentido estricto. Pero habrá otros casos en los que no esté claro que un derecho se ha ejercido válida o inválidamente: así, cuando un empresario despide a un trabajador que ha formulado declaraciones críticas contra él –sin insultarle–, no está claro si ese despido entra en el supuesto del artículo 55.2.d) del ET (que autoriza al empresario a despedir a un trabajador por transgresión de la buena fe contractual) o si, por el contrario, la conducta del empresario entra en el supuesto del artículo 55.5 ET, que declara nulo el despido producido con violación de derechos fundamentales de los trabajadores (en este caso la libertad de expresión). Cuando no están las cosas claras, hay que ponderar entre los derechos fundamentales en juego, porque

³⁸ «Cuando una conducta está fuera del ámbito de un derecho, no se está ante un caso de limitación del derecho o de colisiones entre derechos, simplemente se está ante un “no derecho”, es decir, ante un no ejercicio del derecho. En cambio, cuando una conducta, perteneciente al ámbito del derecho, traspasa limitaciones que a ese derecho están legislativamente impuestas, no es que se esté ante un “no derecho”, pero se está, indudablemente, ante un ejercicio incorrecto del derecho, o si se quiere, ante un ejercicio *no válido* del derecho, y como tal ejercicio inválido tampoco puede entrar en colisión con el ejercicio válido de otros derechos. Ni en un caso (por inexistencia del derecho), ni en otro (por ejercicio inválido del derecho) puede aplicarse la técnica de la colisión entre derechos» [ARAGÓN REYES, M.: *ibidem*].

precisamente la ponderación es un método para resolver casos *difíciles*, para solucionar problemas de subsunción en sentido amplio.

3.^a *que la ley no haya cerrado el caso particular.* Como ya he dicho, si la ley ya ha ponderado entre derechos y esa ponderación cierra el caso particular, el juez debe aplicar la ley sin más, porque el juez está vinculado a la ley. Lo más que puede hacer es cuestionar la ley ante le Tribunal Constitucional, si considera que la ponderación legislativa no es conforme a la Constitución. Pero en ningún caso puede obviar la ponderación del legislador y sustituirla por la suya propia, ni siquiera bajo el pretexto de una "interpretación conforme" de la ley: la interpretación conforme nunca puede ser *contra legem*.

Si el juez se enfrenta ante una verdadera colisión entre la libertad de empresa y otro derecho fundamental y la ley no ha cerrado el caso particular, debe ponderar entre los derechos en juego. Pero, ¿en qué consiste la ponderación? Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO la ponderación no puede consistir en la aplicación de la proporcionalidad en sentido amplio. En su parecer, en los casos de conflicto entre derechos individuales no son aplicables los subprincipios de idoneidad y necesidad, tan sólo la proporcionalidad en sentido estricto (que él llama ponderación): «En estos casos [los de colisión entre derechos] no parece que se den propiamente los presupuestos que explican y hacen aplicable el principio de proporcionalidad (intervención estatal en ámbitos de autodeterminación individual, tensión poder público-libertad de ciudadano) en toda su amplitud (utilidad, necesidad, ponderación). Aquí sólo hay ponderación, que puede llevar a argumentaciones y a resultados, a veces, semejantes a los de la doctrina relativa al principio de proporcionalidad, pero que no se rige por ésta»³⁹.

³⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.^a: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo* (Marcial Pons, 2000), pág. 110.

No opina lo mismo BERNAL PULIDO, para quien es defendible la idea de que los conflictos entre derechos fundamentales de dos particulares ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado en los derechos y que, por lo tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio: «En estos casos, existe un acto de un particular, que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de un derecho fundamental de otro particular. Al enjuiciar el caso, el juez ordinario, y luego el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, han de establecer, si el acto de intervención particular constituye el ejercicio de una posición *prima facie* adscrita a otro derecho fundamental, garantizado por la Constitución. Este es el juicio de idoneidad. Posteriormente, han de indagar si este derecho fundamental puede ser ejercitado con la misma eficacia, por conducto de una medida menos restrictiva del derecho fundamental del afectado –juicio de necesidad-. Y, por último, en caso de que la intervención supere los juicios de idoneidad y de necesidad, se ha de corroborar que las ventajas que el acto enjuiciado reporta para quien lo haya acometido desde el punto de vista de su derecho fundamental, logran superar las desventajas que se causan al titular del derecho fundamental objeto de la intervención»⁴⁰.

No encuentro razones para negar la aplicabilidad de los subprincipios de idoneidad y necesidad a la resolución de conflictos entre particulares. Al fin y al cabo, el que una intervención de un particular en ejercicio de un derecho sea *idónea* para limitar el derecho fundamental de otro es determinar si hay verdadera colisión entre derechos fundamentales: si no hay idoneidad, no hay colisión, porque no se ve afectado el derecho del "otro". Por otra parte, el que una intervención particular sea *innecesaria* significa que dificulta el derecho del otro más allá de lo necesario (valga la obviedad), porque se podía haber adoptado alguna otra medida menos restrictiva del derecho afectado; y en estos casos el juez debe acudir en auxilio del derecho dificultado más allá de lo razonable. Además, es más

⁴⁰ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 566-567.

fácil discernir en los casos individuales que en los generales (los propios de la ley) si realmente existen o no medidas alternativas menos restrictivas del derecho afectado. El subprincipio de necesidad puede evitar tener que llegar al más incierto subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto y, en este sentido, se erige así en un instrumento muy útil para resolver racionalmente conflictos de derechos fundamentales.

Me inclino, por tanto, con PULIDO, por la aplicación de la proporcionalidad en sentido amplio como criterio para resolver colisiones entre derechos fundamentales. Bien entendido que la idoneidad sirve para determinar si existe una *verdadera* colisión. Bien entendido también que, en la aplicación de la proporcionalidad *en sentido estricto*, los principios en conflicto tienen el mismo peso en abstracto: ambos son derechos fundamentales y, como se sabe, no existen jerarquías entre derechos fundamentales. En consecuencia, la ponderación ha de consistir exclusivamente en medir el peso de cada derecho fundamental en concreto, con arreglo a la ley de ponderación: cuanto más intensa sea la limitación del derecho limitado, tanto mayor (o por lo menos equivalente) tiene que ser el grado de intensidad de la realización del derecho limitador.

2.2. Derechos fundamentales de los trabajadores ¿versus libertad de empresa? La posición del Tribunal Constitucional.

2.2.1. Una de las posiciones esenciales de la libertad de empresa es la autonomía organizativa del empresario. Esta se traduce internamente en un poder de dirección sobre los trabajadores de la empresa (que es *inherente* al derecho fundamental -STC 92/1992, fj 3), en el que también queda englobado el poder disciplinario (STC 125/1995, fj 6), cuyo ejercicio puede conducir al despido del trabajador, poder que tiene también el empresario (STC 192/2003, fj 4).

El ejercicio de estos poderes organizativos puede chocar con los derechos fundamentales de los trabajadores. Estos derechos son clasificables en dos grupos⁴¹: derechos específicos, de los que son titulares los trabajadores en cuanto tales, y derechos inespecíficos, que corresponden a los trabajadores en cuanto ciudadanos. Dentro de los primeros cabe distinguir a su vez entre derechos de ejercicio individual (los del artículo 35.1 CE) y de ejercicio colectivo (los de los artículos 28 y 37.1 CE).

Aquí sólo voy a centrarme en los derechos *inespecíficos*, pues es en torno a ellos donde se plantean los mayores problemas de ponderación judicial. En todo caso, es bueno aprovechar la ocasión para poner de relieve el carácter troncal que la Constitución ha otorgado a la negociación colectiva, cuyo producto (el convenio colectivo) tiene fuerza vinculante, esto es, eficacia normativa⁴². Otorgar fuerza vinculante a los convenios (art. 37.1 CE) significa necesariamente limitar la libertad de contratación del empresario y, en este sentido, nuestra Constitución ha otorgado preferencia a la autonomía colectiva sobre la autonomía individual, precisamente para proteger a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, que (salvo los casos de profesionales muy cualificados) normalmente no puede hacer otra cosa que adherirse a las condiciones fijadas por el empresario⁴³. La Constitución del Estado Social

⁴¹ Vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.2. La expresión "derechos inespecíficos" la tomo de PALOMEQUE, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pág. 31. Por lo demás, la literatura jurídica sobre los conflictos entre los poderes del empresario y estos derechos inespecíficos es muy amplia; me remito a la bibliografía citada en el trabajo de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Justicia y relaciones laborales. Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador»; 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1998), págs. 227 a 268.

⁴² El Tribunal Constitucional ha potenciado la fuerza de la negociación colectiva al incorporarla al contenido esencial de la libertad sindical, convirtiendo el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos en un derecho amparable. Por todas, STC 107/2000, fj 6: «la doctrina de este Tribunal ... declara reiteradamente que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos».

⁴³ El problema de la relación entre negociación colectiva y libertad de empresa, entre autonomía colectiva y autonomía individual se configura así como un problema de límites de la primera sobre la segunda.

se alinea, en fin, con aquella versión corregida del capitalismo de mercado que incorpora la concertación social a su seno⁴⁴.

Pero, como decía, voy a centrarme en los derechos inespecíficos, sobre cuya protección apenas dice nada concreto la ley laboral. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores concede al empresario amplios e indeterminados poderes de control sobre el trabajador: así, aquél «podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales», eso sí, «guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana» (art. 20.3 ET)⁴⁵. Repárese en que la ley no determina los casos generales de aplicación de estos

Vid., en este sentido, la STC 208/1993 (fj 4 y 5). En ella se argumenta correctamente que la negociación colectiva «justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, limitando incluso algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos. Pero *ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades par la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual*». Por ello «no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales». No obstante, una «utilización masiva de la autonomía individual, para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva, sería dudosamente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales que trata de hacer compatibles, la libertad sindical, con el consiguiente predominio de lo colectivo sobre lo individual, y la libertad de empresa que es un espacio abierto a la autonomía individual.»

⁴⁴ Sobre esta cuestión, vid. *supra*, capítulo I, apartado 3.2. La concertación social es la expresión del corporativismo *contractual*, que a su vez es la versión blanda del corporativismo, que es la forma en la que el capitalismo *dirigido* ha influido en los países con sistema económico capitalismo de mercado, el consagrado en nuestra Constitución.

⁴⁵ El ET también concede incluso al empresario el poder de hacer registros sobre la persona del trabajador, aunque con condiciones: «Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible» (art. 18 ET). Una vez más, aparece el límite genérico de la dignidad, esta vez acompañado de la intimidad; ambas (dignidad e intimidad) las tiene garantizadas en todo caso en el seno de la relación laboral (art. 4.2.e ET).

poderes de vigilancia y control y los deja a la determinación particular del empresario, sin más límite que el genérico respeto a la dignidad humana.

En lo que respecta al poder disciplinario, en concreto, al poder de despido disciplinario, el Estatuto incluye dentro de las causas de despido una de esas cláusulas generales del mundo privado a las que tanto jugo sacan los defensores de la eficacia *mediata* de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*: la transgresión de la buena fe contractual (art. 54.1.d). Pero, ¿qué es transgredir la buena fe contractual? ¿Se transgrede la buena fe contractual cuando el trabajador critica al empresario, en uso de su libertad de expresión? El Estatuto declara nulo el despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55.5, párr. 1.º). Entonces, ¿cómo se hace compatible ambos preceptos? Veamos lo que piensa el Tribunal Constitucional.

2.2.2. La doctrina general del Tribunal Constitucional sobre las relaciones entre los poderes empresariales y los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores está bien resumida en la SSTC 99/1994 (fj 4) y 106/1996 (fj 5)⁴⁶ y puede esquematizarse del siguiente modo:

1) *La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano.*

Ello es así porque las organizaciones empresariales no constituyen mundos separados y estancos del resto de la sociedad y porque la libertad de empresa no legitima que los trabajadores deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos

⁴⁶ Con posterioridad, un resumen parecido se encuentra en las SSTC 187/1998 (fj 2), 98/2000 (fj 5), 80/2001 (fj 3) y 20/2002 (fj 4, párr. 2.º).

fundamentales, que tienen un valor central en el sistema constitucional (STC106/1996, con cita de la STC 88/1985, fj 2).

El trabajador puede, por tanto, ejercer sus derechos fundamentales “inespecíficos” frente al empresario, que no está legitimado ex art. 38 CE a limitarlos injustificadamente. Esto es tanto como admitir la eficacia directa de aquellos en el seno de la relación laboral.

2) Ahora bien, *la inserción en la empresa obliga a modular esos derechos.*

«No puede desconocerse que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)» (STC 99/1994, fj 4; el subrayado es mío). La relación laboral, «en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él.» (STC 99/1994, fj 7).

Esto es, el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador en el seno de la relación laboral está sujeto a límites específicos y adicionales derivados de esa relación, que –dice el Tribunal Constitucional– son reflejo de derechos consagrados en la Constitución, entre los que está la libertad de empresa: he aquí el enganche constitucional de esos límites.

3) *Entre esos límites específicos y adicionales se encuentran la buena fe y la naturaleza misma del contrato.*

Uno de esos límites adicionales, impuestos por la relación laboral, es el que se deriva del *principio de buena fe* entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su comportamiento mutuo (SSTC

120/1983, 88/1985 y 6/1995). Bien que ello no debe identificarse con «un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial», pues no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales, en el que el conflicto aparece legitimado con carácter general en el texto constitucional (STC 120/1983, fj 2, 94/1995, fj 5 y 4/1996, fj 4, entre otras), ni tampoco con la trascendencia del reconocimiento por la Constitución de los derechos fundamentales de la persona, que la acompañan en todas las facetas de la vida de relación y «también en el seno de la relación laboral» (SSTC 88/1985 y 6/1995). Todo esto, en la STC 106/1996, fj 5.

Otro límite es *la naturaleza específica del contrato*, «porque es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho [...] de quien debía realizarlas, por la propia naturaleza de éstas [...]. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» o del derecho fundamental de que se trate (STC 99/1994, fj 7).

La buena fe contractual -configurada como deber de lealtad al empresario- y el objeto del contrato de trabajo limitan el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral. La buena fe es una cláusula general del Derecho Privado, que el ET incorpora a los deberes del trabajador (art. 5.a) y cuya transgresión es causa de despido disciplinario (art. 54.2.d): he aquí el enganche legal de este límite⁴⁷. El otro límite (la naturaleza del contrato) puede tener enganche legal en el artículo 1258 del Código Civil: los contratos obligan al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado sino también a todas

⁴⁷ «La relación laboral genera en efecto un complejo de relaciones recíprocas entre empresario y trabajador, que nuestra legislación, y por lo que se refiere a las exigibles específicamente al trabajador, obliga a que se desarrollen conforme a las reglas de la buena fe [art. 5.a) ET], hasta el punto de que la transgresión de este específico debe tipificarse como uno de los supuestos de despido disciplinario [art. 43.2.d)]» (STC 197/1998, fj 2).

las consecuencias que, *según su naturaleza*, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

4) *Los derechos fundamentales de los trabajadores sólo pueden ser modulados en lo estrictamente necesario, dada su posición preeminente.*

Por último, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional (STC 6/1988, fj 8). Pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento⁴⁸, esa modulación sólo se producirá «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva»⁴⁹) lo que exige en el juez una ponderación adecuada entre el derecho fundamental en juego y las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 20/1990, 171/1990 y 240/1992, entre otras muchas). Todo esto, en la STC 106/1996, fj 5.

Cuando se enfrentan los poderes empresariales - amparados en límites específicos derivados de la relación laboral- y derechos fundamentales de los trabajadores, el juez debe ponderar. En esa ponderación debe el juez tener en cuenta que los derechos fundamentales tienen una posición preeminente en nuestro ordenamiento, por lo que pueden ser modulados, esto es, limitados en razón de esos límites específicos sólo si es estrictamente necesario para satisfacer el interés empresarial o, lo que es lo mismo, sólo si no hay otro medio menos restrictivo para satisfacer ese interés.

⁴⁸ «en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado Democrático (art. 1 CE)» (STC 20/2002, fj 4).

⁴⁹ Esto es, «los requerimientos... de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos» han de estar «especialmente cualificados por *razones de necesidad estricta*, que han de ser acreditadas por quien las alega» (STC 99/1994, fj 7). En otras palabras, la modulación «ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» (STC 20/2002, fj 4).

2.2.3. Como se ve, en el pulso entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes empresariales, el Tribunal Constitucional establece una regla de preferencia condicionada a favor de los primeros. Y la justificación estriba en la posición preeminente que tienen los derechos fundamentales: por esto es por lo que pueden ser limitados en el seno de la relación laboral sólo en lo estrictamente necesario. Sin embargo, el Tribunal Constitucional parece olvidar que los poderes del empresario son, por utilizar sus propias palabras, inherentes a la libertad de empresa. Olvida que el conflicto se plantea no entre un derecho fundamental y un poder legal, sino entre dos derechos fundamentales, que tienen la misma jerarquía, por lo que la *ponderación adecuada* del juez debiera tener presente la igualdad de armas iusfundamentales de los contendientes⁵⁰.

Justamente porque no presenta el conflicto como un conflicto entre derechos fundamentales, es inviable la ponderación judicial que preconiza el Tribunal Constitucional. El juez no puede hacer «ponderación adecuada entre el derecho fundamental en juego y las obligaciones laborales que pueden modularlo», si estas obligaciones no son el resultado del ejercicio de otro derecho fundamental. El juez no puede ponderar más que en caso de colisión entre derechos fundamentales, no en caso de colisión entre un derecho fundamental y la buena fe contractual, pongamos por caso. Esa ponderación está reservada al legislador; mejor dicho, el legislador puede limitar los derechos fundamentales en razón de bienes constitucionales o infraconstitucionales (como la buena fe), siempre dentro del respeto al contenido esencial de aquellos. Pero el juez no puede contrapesar un

⁵⁰ El Tribunal Constitucional parece pensar en la libertad de empresa más como principio objetivo del ordenamiento que como derecho subjetivo. Los poderes empresariales, más que *ejercicio* de la libertad de empresa, son *reflejo* de la libertad de empresa. Dicho de otro modo, así como los derechos fundamentales inespecíficos son inmediatamente eficaces frente al empresario, la libertad de empresa tiene sólo eficacia *mediata*, a través de las leyes que confieren poderes al empresario y establecen cláusulas generales tales como las de la buena fe.

derecho fundamental con un bien constitucional, y mucho menos con un bien infraconstitucional.

Creo, en definitiva, que los conflictos entre los poderes del empresario y los derechos fundamentales "inespecíficos" de los trabajadores son conflictos entre derechos fundamentales: la libertad de empresa del trabajador y el derecho fundamental correspondiente del trabajador. Y este tipo de conflictos permiten al juez a ponderar entre los intereses en juego, si se dan las condiciones de la ponderación que antes se han indicado. El propio Tribunal Constitucional parece haberse dado cuenta de que las cosas son así, al menos en la STC 126/2003. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por un trabajador que había sido despedido por su "empresa" tras verter unas informaciones perjudiciales para ésta a diversos medios de comunicación; el despido fue declarado procedente por el órgano jurisdiccional de turno. El Tribunal, al revisar la ponderación hecha por el órgano jurisdiccional, sitúa el conflicto en los términos correctos: «la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional. Llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos –libertad de información y libertad de empresa– no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos. Debe en suma procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del supuesto concreto» (fj 7, párrafo último).

Es pronto para saber si esta sentencia va a suponer un cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, estoy de acuerdo con lo que dice, aunque con dos matizaciones: la primera, que

la ponderación entre un derecho fundamental y un bien constitucional (que no es el caso) no la puede hacer el juez; la segunda, que en los conflictos particulares entre derechos fundamentales no hay intereses colectivos en juego, sólo intereses particulares. Por eso el juez, en la ponderación, no puede dar preferencia a un derecho frente a otro porque lo considere más importante, tan sólo determinar si la limitación que un derecho fundamental produce un particular en ejercicio válido de otro derecho fundamental es proporcionada.

Ahora bien, en algún caso puede suceder que se produzca un empate, esto es, que la intensidad de la limitación en el derecho fundamental limitado esté justificada por una intensidad similar de realización del derecho fundamental limitador; o, sencillamente, puede ocurrir que tras la ponderación, la duda sobre si la limitación es o no proporcionada no esté despejada. Cuando se producen empates o dudas en el control de proporcionalidad de las leyes, sabemos lo que hay que hacer: declarar constitucional la ley, aplicando la presunción de constitucionalidad de las leyes. Pero, en caso de conflictos entre particulares, ¿qué hacemos? En lo que a los conflictos que enfrentan a la libertad de empresa con los derechos fundamentales de los trabajadores, sugiero una forma de resolver los empates o las dudas: decantar el conflicto del lado del trabajador. Así lo pienso apelando a la eficacia interpretativa de la cláusula de Estado Social. De esta cláusula se deriva un compromiso de los poderes públicos para corregir las desigualdades sociales, para promover la igualdad material. El juez también puede contribuir a corregir las desigualdades materiales haciendo, cuando se dé la posibilidad, una aplicación de la norma favorable a la parte más débil del conflicto. Y esta es una de esas ocasiones en que se da la posibilidad. A mí no me cabe duda alguna de que la parte más débil es el trabajador, como tampoco le cabe duda al Tribunal Constitucional, que, desde la STC 3/1983, ha mantenido invariable la tesis de que el empresario parte de

una genérica ventaja social y económica y de una cierta primacía en la relación jurídica⁵¹. En caso de empate o de duda, *pro* trabajador.

3. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA NORMA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

3.1. En general.

Los derechos fundamentales no son sólo de interés particular de sus titulares, sino también de interés general: esto es lo que quiere decir el Tribunal Constitucional cuando los califica de «componentes estructurales básicos» del orden jurídico-político general⁵². La libertad de empresa es un derecho fundamental y, por ser derecho fundamental, es de interés general. Ocurre que la libertad de empresa es de interés general no sólo por adscribirse a la categoría de los derechos fundamentales, sino también por su condición de pieza básica del sistema económico “constitucionalizado”, la economía de mercado. La libertad de empresa es de interés general *económico*, aunque el interés general *económico* no se agota en la defensa de la libertad de empresa. Junto con los empresarios, existen otros actores económicos privados (trabajadores y consumidores) en el sistema económico que merecen protección constitucional. A su vez, hay objetivos económicos y sociales en la Constitución que los poderes públicos deben perseguir, y que son potencialmente contradictorios con la

⁵¹ «Tal desigualdad se ha considerado, en no pocas ocasiones, como una justa razón para considerar constitucionalmente legítimo que el legislador actúe de un modo tal que ayude a mitigar en lo posible tales diferencias, propósito que, animado por el propio art. 9.2 CE, es en buena medida, si no en toda, el propio objeto clásico del Derecho laboral» (STC 125/1995, f.º 4).

⁵² «en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (STC 53/1985, f.º 4). Sobre la distinción entre garantía institucional y dimensión objetiva de los derechos fundamentales, vid. *supra*, capítulo V, apartado 2.2.3.B.

defensa y maximización de la libertad de empresa: todos los dimanantes del Estado Social (entendido en sentido estricto)⁵³.

Aclaré en el capítulo V (apartado 2.2.3.B) que, en mi parecer, la distinción entre una dimensión objetiva y subjetiva debe no debe predicarse tanto del derecho fundamental, como de la norma que lo enuncia (la norma de derecho fundamental). En la norma de derecho fundamental del artículo 38 CE («Se reconoce la libertad de empresa») hay una doble operación jurídica: la primera, la atribución de un derecho fundamental (dimensión subjetiva de la norma); la segunda, la asignación de una competencia de maximización del derecho fundamental dirigido a los poderes públicos (dimensión objetiva de la norma).

También dije en ese mismo capítulo (apartado 3.2.B), que la dimensión objetiva incluye un mandato de mínimos (un mínimo de protección eficaz del derecho) y una habilitación de máximos, hasta el límite que represente lo dispuesto en otras normas constitucionales. Ahora se trata de apuntar alguna cosa sobre una y otra faceta, la de protección y la de potenciación: a la primera responde la defensa de la competencia, a la segunda el fenómeno liberalizador.

3.2. La defensa de la competencia: algunas precisiones.

3.2.1. Que el mercado debe ser competitivo para funcionar eficazmente es algo que parece evidente. Pero, como ya dije en el capítulo IV (apartado 2.2.2.2), la defensa de la competencia en el mercado no tiene su encaje constitucional en la garantía institucional del mercado (por razones de técnica jurídica) sino en la dimensión objetiva de la norma que reconoce la libertad de empresa (artículo 38 CE), así como en la norma que manda a los poderes públicos garantizar la defensa de

⁵³ Sobre la distinción entre Estado Social en sentido amplio y en sentido estricto, vid. *supra*, capítulo III, apartado 3.3.1.1.

los consumidores y usuarios (artículo 51.1 CE). Preservar un mercado con una dosis suficiente de competencia es defender la libertad de empresa (y de consumo) de todos. Tiene razón por ello la STC 208/1999 cuando dice que la defensa de la competencia no es una restricción, sino una defensa de la libertad de empresa y de la economía de mercado (fj 3 –citando la STC 88/1986); como también tiene razón cuando identifica la defensa de la competencia y la protección de los consumidores como los dos aspectos de la ordenación del mercado que compete a los poderes públicos (fj 5). En fin, las normas de defensa de la competencia no son sino la realización del mandato expreso que el artículo 38 CE impone a los poderes públicos de asegurar el ejercicio de la libertad de empresa.

3.2.2. La protección de la competencia se articula hoy a través de un doble pareja de sistemas normativos: una por razón del territorio (el comunitario y el español) y otra por razón del objeto (la “defensa de la competencia” –Derecho *antitrust*- y la “competencia desleal”). En el ordenamiento comunitario no existe una protección específica de la llamada “competencia desleal”⁵⁴. A este respecto, «la doctrina ha puesto de relieve que la competencia desleal es objeto de un tratamiento asistemático –claramente insuficiente- por el Derecho comunitario a través de dos vías: por un lado, las normas sobre libre circulación de mercancías –habida cuenta que las normativas nacionales de los Estados miembros no deben perjudicar el comercio intracomunitario- y, por otro, las normas comunitarias sobre protección de los consumidores –en las que se incluyen algunos supuestos (*ad ex.*, publicidad engañosa o comparativa)

⁵⁴ «A comienzos de los años 60, la Comisión manifestó su interés por armonizar las legislaciones en la materia e inició los trabajos en este sentido, llegando a formular una propuesta de Convenio [...]. Pero la adhesión del Reino Unido e Irlanda –países de *Common Law*, en donde no hay una construcción teórica de la competencia desleal parangonable a la continental europea- y de Dinamarca –en cuya opinión pública estaba firmemente arraigada la ideología *consumerista* y la protección jurídica de los consumidores coherente con ella- aumentaron las discrepancias entre las legislaciones de los Estados miembros y su actitud fue más renuente frente a una propuesta convencional que no dejaba de ser modesta» [CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 278].

que tradicionalmente se han incluido en la competencia desleal»⁵⁵.

Tenemos así un triple sistema normativo proyectado sobre la competencia. El primero es el sistema normativo comunitario de "defensa de la competencia", integrado por los artículos 81 a 89 TCE (capítulo 1- Normas sobre la competencia- del título VI)⁵⁶ y las normas de Derecho Derivado que los desarrollan⁵⁷. El segundo es el sistema normativo español de "defensa de la competencia", concretado en la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia⁵⁸. El tercero y último, el sistema normativo de "competencia desleal", concretado en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal⁵⁹.

En relación con el binomio sistema normativo comunitario-sistema normativo español de defensa de la competencia, merece la pena hacer dos observaciones. La primera se refiere al rango de la protección: en el sistema comunitario, la defensa de la competencia se articula mediante normas de rango "constitucional" –de Derecho Primario-, lo que revela la importancia que tienen⁶⁰; en el sistema español, esa defensa se lleva a

⁵⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *ibidem*.

⁵⁶ Arts. III-50 a III-58 del proyecto de Constitución Europea (sección 5 – normas sobre competencia- del capítulo I –Mercado Interior-). Con buen criterio, el proyecto integra en el mismo capítulo estas normas con las relativas a las libertades fundamentales.

⁵⁷ El Derecho Derivado ha sufrido importantes modificaciones. El "paquete" básico de la competencia lo integran hoy los siguientes Reglamentos:

- El Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 a 82 del Tratado (DO L 001 de 4/01/2003).

- El Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 024 de 20/01/2004).

- El Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 [actual art. 88] del Tratado CE (DO L 083 de 27/03/1999).

⁵⁸ La ley ha sido objeto de numerosas modificaciones desde su entrada en vigor, por lo que estaría bien que se aprobase un texto refundido al respecto.

⁵⁹ También contienen normas de competencia desleal la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

⁶⁰ El TJCE ha reconocido el efecto directo horizontal de los arts. 81.1 TCE (STJCE de 30-1-1974, as. *BRT II*, 127/73) y 82 TCE (STJCE de 30-4-1974, as. *Sacchi*, 155/73). Esto significa que un particular puede invocar ante los tribunales

cabo mediante normas de rango "infraconstitucional" (aunque con fundamento constitucional) e inspiradas, además, en el Derecho Comunitario⁶¹. La segunda se refiere al sentido de la protección: el sistema normativo español busca garantizar el funcionamiento eficaz de mercado (el español) ya unificado desde de la aprobación de la Constitución; el sistema normativo comunitario busca, por el contrario, alcanzar la unidad de los mercados nacionales. La introducción de las normas sobre defensa de la competencia en los tratados se plantea como instrumento para lograr el mercado único: se trata de evitar que las empresas privadas establezcan de nuevo las barreras al comercio que han quedado abolidas por las normas de libre circulación⁶².

En relación con el binomio sistema normativo de defensa de la competencia-sistema normativo de competencia desleal, hay que preguntarse cuál es el objeto de uno y otro sistema. Tradicionalmente se venía entendiendo que el primero se dirigía a sancionar conductas que impedían la competencia en el mercado, mientras que el segundo se dirigía a sancionar conductas que atentaban contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado: el primero miraba al mercado y al interés público, el segundo miraba a la ordenación de la profesión y a los intereses privados de los empresarios en conflicto. Sin embargo, como advierte ALONSO SOTO, «la situación cambia, de un modo radical, cuando los principios inspiradores del llamado *Derecho antitrust* comienzan a generalizarse y, en consecuencia, los criterios de valoración de los comportamientos anticompetitivos empiezan a aplicarse

españoles los derechos que derivan de estos artículos en cualquier litigio que le enfrente con otro u otros competidores.

⁶¹ Es indudable que la preocupación por la competencia entre nosotros está directamente ligada a la integración de España en la Unión Europea. Nuestra normativa interna se mueve al ritmo que marca el Derecho Comunitario.

⁶² Esta es al menos la perspectiva originaria de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Sin embargo, una vez realizado básicamente el programa del mercado único, va perdiendo sentido esta perspectiva. En la política actual de la Comisión y en la jurisprudencia del TJCE se atisba el cambio hacia una nueva perspectiva, que liga las normas de defensa de la competencia a objetivos de eficiencia económica. Vid, a este respecto, BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional económico de la Comunidad Europea*, ob. cit., págs. 172 y ss.

en el ámbito de la competencia desleal». Una y otra normativa acaban por tener «como objetivo fundamental el *buen funcionamiento del mercado*»⁶³,

En la actualidad, parece haber perdido sentido esta dualidad normativa, de manera que –sugiere ALONSO SOTO– «serán, por tanto, razones exclusivamente coyunturales o de política legislativa las que justifiquen el mantenimiento de regulaciones separadas de las citadas materias»⁶⁴. Pero estas razones no pueden avalar una separación que, entre otras cosas, conduce a un control distinto de las prácticas anticompetitivas: en el Derecho *antitrust*, control administrativo (atribuido a una Administración Independiente –el Tribunal de Defensa de la Competencia– pero que sólo se mueve a iniciativa de un órgano administrativo que actúa siguiendo instrucciones del Ejecutivo –el Servicio de Defensa de la Competencia–), en el Derecho de la competencia desleal, control judicial (en manos, por tanto, de un Poder independiente).

Creo que, a pesar de todo, es conveniente mantener la dualidad. A la Ley 16/1989 y la Ley 2/1991 les liga un objetivo común: la defensa de la competencia en el mercado. Sin embargo, una y otra ley miran el objetivo desde perspectivas diferentes. La primera, desde una perspectiva «macro», la competitividad de la estructura de mercado; su armamento se dirige a controlar el poder de mercado. La segunda, desde una perspectiva «micro», el comportamiento competitivo individual; su armamento se dirige a controlar la limpieza de ese comportamiento. Dicho de otra forma, la primera protege el interés general en abstracto (un mercado competitivo); la segunda atiende principalmente al interés particular de los que intervienen en el mercado (empresarios y consumidores), en la conciencia de que, protegiendo ese interés particular –digno de protección–, se protege el interés general.

⁶³ ALONSO SOTO, R: «Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario»; en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, ob.cit., págs. 245-246.

⁶⁴ ALONSO SOTO, R, *ibidem*, pág. 246.

3.2.3. No procede hacer un análisis del sistema normativo *antitrust*, pero sí interesa hacer algunas precisiones (de ahí el título de este apartado):

- En primer lugar, hay que precisar el tipo de competencia protegida, algo que la Constitución deja al albur del legislador. Como ya se ha dicho (capítulo IV, apartado 2.2.2.2), la competencia que protege hoy el Derecho de la Competencia (comunitario y español) no es la competencia perfecta -el ideal de competencia en el que pensaban los economistas clásicos- sino tan sólo una competencia *eficaz* (como señala la jurisprudencia comunitaria⁶⁵) o *suficiente* (como indica la exposición de motivos de la Ley 16/1989); en definitiva, se trata de «garantizar el libre juego en el mercado de los agentes económicos que en él participan» (STC 206/1999, f.º 4).

La competencia no se concibe como un fin en sí mismo, sino como un instrumento al servicio de otros fines, el funcionamiento eficaz del mercado (y, en el caso del Derecho Comunitario, también su unificación) y la protección de los intereses de todos los que participan en él. La consecuencia de este carácter instrumental es la posibilidad de admitir situaciones de competencia reducida cuando las ventajas para el propio mercado y para el interés general sean superiores a las desventajas que entraña la reducción de la competencia.

Este modelo realista de competencia significa, en concreto, que, aunque se prohíben como regla general los acuerdos, decisiones o

⁶⁵ «La competencia no falseada ... implica la existencia de una competencia eficaz en el mercado (*workable competition*), es decir, de la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado y, en particular, la formación de un mercado único que reúna condiciones análogas a las de un mercado interior [...] esta exigencia admite que la naturaleza e intensidad de la competencia puedan variar en función de los productos o servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados» [STJCE de 25-10-1977, as. *Metro*, 26/76].

prácticas concertadas entre empresas (regla general prohibitiva)⁶⁶ se admiten como excepción los que contribuyan a mejorar la producción o la distribución (o comercialización) de los productos (bienes y servicios) o a fomentar el progreso tecnológico y que permitan a los usuarios (consumidores) una participación equitativa (adecuada) en el beneficio resultante⁶⁷; todo ello con proporcionalidad y asegurando en todo caso una rivalidad suficiente en el mercado⁶⁸. Significa también que no se prohíbe la posición de dominio en el mercado, tan sólo el abuso de esa posición de dominio⁶⁹. Y, en coherencia con ello, tampoco se prohíben automáticamente las concentraciones de empresas, tan sólo se someten a control administrativo previo⁷⁰. Se trata de un modelo bastante alejado del modelo de competencia perfecta alguna vez soñado por alguien.

- *En segundo lugar*, hay que precisar el Derecho aplicable y el órgano de control de la competencia. Sin entrar en detalles, el Derecho aplicable depende del mercado afectado por la realización de la práctica contraria a la libre competencia: si esa práctica limita su alcance al mercado español,

⁶⁶ Y se declara su nulidad de pleno derecho: vid. artículo 81.1 y 2 TCE y artículo 1.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

⁶⁷ Artículo 81.3 TCE y artículo 3 de la LDC (entre paréntesis los términos diferentes empleados por la Ley). Como se ve, la competencia es sacrificada parcialmente en aras de la mejora de la producción y la distribución del progreso tecnológico.

⁶⁸ Sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y sin que ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

A todo ello hay que añadir que, en el sistema comunitario, las excepciones ya no necesitan ser autorizadas por la Comisión: «Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 82 del Tratado no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto» (art. 1.2 del Reglamento 1/2003 del Consejo). Por el contrario, en el sistema español subsiste por ahora la necesidad de autorización de las excepciones, bien mediante ley (artículo 2 LDC), bien mediante reglamento (exenciones por categorías –art. 4 LDC), bien mediante acto singular (art. 3 LDC).

⁶⁹ Artículo 82 TCE y artículo 6 LDC.

⁷⁰ En lo que respecta al sistema comunitario, véase el Reglamento 139/2004 del Consejo (ya citado). En lo que respecta al sistema español, véanse los artículos 14 a 18 de la LDC y el *Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre* (BOE de 18-1-2002), que desarrolla la Ley en lo referente al control de las concentraciones económicas.

será el Derecho español el aplicable, pero sí afecta al comercio entre los Estados miembros, entonces el mercado afectado será el comunitario y el Derecho Comunitario el aplicable. Es posible también que sobre una misma práctica se aplique el Derecho comunitario y el Derecho nacional, por afectar a ambos mercados: es la teoría de la doble barrera, que sentara la STJCE de 13-2-1968 (as. *Walt Wilhem*, 14/68)⁷¹.

En lo que hace al control de las prácticas contrarias a la libre competencia, y sin perjuicio del eventual control judicial⁷², tenemos que el

⁷¹ Los efectos de esta tesis en el ámbito nacional los sintetiza muy bien ALONSO SOTO: «El Derecho nacional de la competencia deberá ser interpretado de conformidad con los principios del Derecho Comunitario. Las normas comunitaria y nacional de competencia podrán ser aplicadas simultáneamente por las autoridades de defensa de la competencia. Las autoridades nacionales de defensa de la competencia podrán iniciar un procedimiento en aplicación de su propio Derecho aun cuando la Comisión Europea haya iniciado previamente otro con arreglo a las normas del Tratado de la Comunidad Europea. Y, por último, la declaración de la existencia de una práctica prohibida por la Comisión Europea en aplicación del Derecho comunitario deberá ser respetada por las autoridades nacionales de defensa de la competencia; sin embargo, dichas autoridades podrán invalidar una práctica autorizada por la Comisión Europea por lo que respecta exclusivamente a su ámbito territorial de actuación» [ALONSO SOTO, R: «Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario»; en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 261].

A esta exposición hay que hacer dos salvedades. La primera, derivada del paso del tiempo: la obra es de 1999 y, con posterioridad (2003), se ha modificado el Derecho Derivado, de manera que los acuerdos del artículo 81.3 TCE no necesitan ser autorizados por la Comisión. La segunda, la especialidad que supone respecto de la doble barrera la regulación de las concentraciones económicas: éstas, o tienen dimensión comunitaria y su control previo corresponde a la Comisión, o son de dimensión nacional, en cuyo caso su control previo corresponde a las autoridades nacionales. Esta última salvedad tiene a su vez salvedades, tanto de atribución de una concentración de dimensión comunitaria a las autoridades nacionales (arts. 9 y 21.4 del Reglamento 139/2004 del Consejo) como de atribución de una concentración de dimensión no comunitaria a la Comisión (art. 22 del citado Reglamento).

⁷² El artículo 49 LDC atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa (en concreto, la Audiencia Nacional) la competencia para conocer de los recursos contra las medidas cautelares y las resoluciones definitivas adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Por su parte, el artículo 6 del Reglamento 1/2003 establece que los órganos jurisdiccionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Ahora bien, este último artículo hay que entenderlo a la luz de la autonomía del Estado Español para determinar a los órganos que han de aplicar el Derecho Comunitario: en nuestro país, la aplicación del Derecho comunitario de la Competencia corresponde a un órgano administrativo, el Tribunal de Defensa de la Competencia; la justicia actuará sólo en vía de recurso.

control de las que tengan sólo dimensión nacional corresponde a los órganos administrativos españoles (que ahora se precisarán). Por su parte, al control de las prácticas que tengan dimensión comunitaria concurren tanto los órganos administrativos españoles como la Comisión: los primeros pueden actuar en tanto la segunda no intervenga⁷³. No obstante, el artículo 3 del Reglamento 1/2003 viene a atribuir en exclusiva la competencia para conocer de una práctica que afecta al mismo tiempo al mercado nacional y al mercado comunitario a las autoridades nacionales.

Por último, sobre quién sea el órgano administrativo nacional encargado de controlar las prácticas contrarias a la competencia de dimensión exclusivamente nacional ha venido a incidir la STC 208/1999. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, que incardinó la competencia del Estado sobre defensa de la competencia en el artículo 149.1.13ª CE (ordenación general de la economía), delimitó la materia de la siguiente forma: la competencia normativa corresponde al Estado, a quien también corresponde la competencia ejecutiva respecto de aquellas prácticas atentatorias de la competencia de ámbito supra-autonómico, quedando para las Comunidades Autónomas la competencia ejecutiva respecto de las prácticas de ámbito autonómico o infra-autonómico. La sentencia obligó a modificar la Ley de Defensa de la Competencia y a aprobar una ley (la Ley 1/2002) para coordinar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas. El resultado final es que si la *práctica anticompetitiva afecta a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma* o al conjunto del mercado nacional, el control corresponde al Estado a través del binomio Servicio de Defensa de la Competencia-Tribunal de Defensa de la Competencia (órganos administrativos incardinados en el Ministerio de Economía y Hacienda); si el ámbito es sólo autonómico, el control corresponde a las Comunidades Autónomas, a

⁷³ El artículo 11.6 de Reglamento 1/2003 dispone que la incoación de un procedimiento por la Comisión privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de conocer del asunto, aunque hace una matización: si la autoridad nacional ya ha empezado a conocer del asunto, la Comisión sólo lo avocará tras consultar con aquella.

través de los órganos que ellas mismas provean. Sólo a los órganos estatales corresponde la aplicación del Derecho Comunitario (artículo 5.d de la Ley 1/2002).

3.3. La liberalización: algunas consideraciones.

3.3.1. El compromiso de los poderes públicos con la maximización de la libertad de empresa no se agota en su garantía a través de la defensa de la competencia. De la dimensión objetiva también surge una competencia general de potenciación de este derecho fundamental. Pero, a diferencia del compromiso anterior, la potenciación de la libertad de empresa no es un mandato, sino una posibilidad abierta a los poderes públicos: es una competencia de ejercicio facultativo. La dimensión objetiva *habilita* a los poderes públicos a maximizar la libertad de empresa más allá de su garantía. El ejercicio de esta habilitación tiene así un anclaje constitucional, goza de legitimidad constitucional, aunque está sujeto al límite de respetar el resto de las normas de la Constitución.

El proceso de liberalización que ha vivido (y que aún vive) la economía española es la manifestación más clara de esta dimensión maximizadora de la libertad de empresa. Se trata de una política generalizada en la mayoría de los países y, desde luego, en todos los de la Unión Europea, que es quien la ha impulsado, al servicio de la realización y potenciación del mercado único. La liberalización es la otra cara de la reducción del protagonismo del Estado en la actividad económica; protagonismo que alcanzó su cenit en el Occidente europeo en los años 60. Hoy en día el Estado se ha retirado de las actividades productivas (ha dejado de ser empresario) y también de buena parte de los servicios públicos económicos (electricidad, agua, gas, telecomunicaciones, transportes): estos ya no se conciben en sentido subjetivo (como servicios de titularidad pública), sino en sentido objetivo,

como servicios esenciales económicos que se transfieren a manos privadas pero con sujeción a determinadas obligaciones de servicio público (por ser actividades de interés general)⁷⁴. En fin, en su papel de árbitro de las relaciones económicas, el Estado cada vez tiene menos que arbitrar, porque la ideología del mercado y de la libertad económica abomina de las regulaciones económicas que pongan excesivas o innecesarias trabas al libre ejercicio de la actividad económica privada⁷⁵.

⁷⁴ Conviene aclarar ciertos términos, con la ayuda de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Nuevo sistema conceptual»; en 3 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1999), págs. 140 a 151. Estos términos son: servicio esencial, servicio de interés económico general, servicio universal, servicio público y obligaciones de servicio público:

- La noción de **servicio esencial (económico)** ya la conocemos, a cuenta del estudio de la reserva ex art. 128.2 CE (capítulo VII, apartado 5.3.3): es una actividad económica que se considera indispensable para la vida social (en un tiempo determinado).

- La noción de **servicio de interés económico general** aparece en el TCE (arts. 16 y 86.2) para aludir a aquellas actividades económicas que justifican que las empresas que las presten no estén sujetas a las normas del Tratado, cuando estas impiden a aquellas el cumplimiento de su misión; nada obsta para identificar esa noción con la de servicio esencial económico.

- El **servicio universal** debe definirse como aquel servicio económico que, por su esencialidad, debe garantizarse que llegue a todos con calidad y a un precio asequible: cabe mejor hablar a este respecto de la universalidad como exigencia que debe acompañar a los servicios esenciales económicos.

- La noción de **servicio público (económico)** hay que entenderla en su sentido tradicional, como actividad reservada a la titularidad de la Administración Pública para que la gestione directa o indirectamente –a través de concesionario privado–, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua. Un servicio esencial puede prestarse o no en régimen de servicio público, pero –tras la aprobación de la Constitución– no se pueden publicar bloques de servicios no esenciales.

- Por último, las **obligaciones de servicio público (económico)** deben traducirse más correctamente como obligaciones de *servicio esencial (económico)*, y son las que se imponen a los operadores privados que prestan servicios esenciales económicos. Estas obligaciones son *generales* o *especiales*. Las primeras se imponen a todos los operadores y no dan derecho a compensación económica alguna: son cargas o limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa en el sector económico correspondiente. Las segundas, bien se imponen a todos pero son inevitablemente deficitarias, bien se imponen a uno o varios operadores concretos: estas tienen naturaleza *ablatoria* y dan derecho a compensación.

⁷⁵ En el terreno de juego económico, el Estado mantiene su condición de *árbitro*, pero con menos reglas; también su condición de *manager*, aunque ahora dirige cada vez más el proceso económico al servicio del mercado. Lo que ha perdido es su condición de *jugador*, tanto de ventaja (servicios públicos en sentido subjetivo), como en igualdad de condiciones con los jugadores privados (empresas públicas).

3.3.2. Pero ¿qué se entiende por liberalizar?. En sentido amplio, **liberalizar** significa introducir o aumentar la libre iniciativa económica (y, por tanto, también la libertad de empresa) en un sector económico. Ello se consigue de diversas formas, entre ellas, como más relevantes, estas dos: la **privatización** y la **desregulación**.

Privatizar, que es cosa distinta de la famosa «huida del Derecho Administrativo» (la aplicación del Derecho Privado a la Administración Pública), consiste en poner en manos privadas (de personas físicas o jurídicas particulares) actividades u organizaciones –empresas- antes en manos públicas, como señala MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ⁷⁶. La privatización puede tener por objeto una actividad pública (un servicio público), en cuyo caso la operación es de signo contrario a la de la reserva-*publicatio* del artículo 128.2 CE, segundo inciso: la actividad o servicio deja de estar reservada a los poderes públicos (a su titularidad exclusiva), esto es, se produce una *despublicatio*, pudiendo desde entonces prestar el servicio cuantos empresarios privados quieran y puedan. O puede tener por objeto simplemente una empresa pública, cuya propiedad o control es transferido a particulares; en este caso la operación es de signo contrario a la de creación de empresas públicas auspiciada por el artículo 128.2 CE, primer inciso⁷⁷. En resumen: privatizar es poner en manos privadas un servicio (o recurso) antes en

⁷⁶ MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J.L.: «Nuevo sistema conceptual»; 3 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ob. cit., pág. 135.

⁷⁷ Conviene precisar que, si la empresa pública prestaba un servicio público y no hay *despublicatio*, en realidad no hay verdadera privatización, sino prestación indirecta de un servicio público mediante gestión indirecta por una empresa privatizada: sólo hay verdadera privatización cuando la empresa pública que se privatiza operaba sobre una actividad de libre mercado. Por lo mismo, tampoco hay verdadera privatización cuando sólo se “privatiza” la gestión de un servicio público, sin que haya *despublicatio*; en este caso, la empresa o empresas que prestan el servicio son meras concesionarias de un servicio de titularidad pública.

manos públicas (*despublicatio*) o poner en manos privadas empresas públicas: a esto último es a lo que se suele llamar privatizar⁷⁸.

El término **desregulación** alude a «las actuaciones o procesos de eliminación o reducción de regulaciones jurídicas imperativas por parte de los Poderes Públicos»⁷⁹. Así entendido, debe desconectarse de la *despublicatio*, porque esta no conlleva necesariamente una desregulación. Como ya vimos en el capítulo III (apartado 2.2.1), la privatización de determinados servicios esenciales (electricidad, petróleo, gas, telecomunicaciones) ha ido acompañada de una intensa regulación, pero distinta de la que venía presidiendo estos servicios, cuando estaban “publicados”: si esta última era una regulación “planificadora”- que tenía como objetivo central el “control” del sistema y sus operadores-, la nueva regulación de los servicios privatizados es una regulación “para la competencia”, que trata de promover la competencia allí donde sea posible, y que se limita a proteger los intereses de los usuarios – seguridad, calidad y precio del servicio- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural. Esta *neorregulación* acompaña necesariamente a la *despublicatio* de los servicios económicos de interés general.

La desregulación opera en los sectores de mercado muy intervenidos (normativa o administrativamente), y busca reducir esa intervención, bien suprimiendo normas, bien eliminando la discrecionalidad de la Administración. La neorregulación opera al mismo tiempo que la *despublicatio* en sectores que no eran de mercado, y procede a regular imperativamente sólo aquello que no se deja al mercado (las infraestructuras y el servicio universal).

⁷⁸ Este es el significado que da a la privatización el famoso Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, en el que se estableció el llamado Programa de Privatizaciones. En él se decía: «A los efectos de este Acuerdo, se entiende por privatización la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trate».

⁷⁹ MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J.L.: «Nuevo sistema conceptual»; 3 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ob. cit., pág.137.

3.3.3. La liberalización es, por tanto, un concepto amplio que abarca cuanto menos la *despublicatio* de recursos o servicios (y la neorregulación correspondiente), la privatización de empresas públicas y la desregulación. Por estas tres variantes de la liberalización ha pasado nuestro país en los últimos años, especialmente en la última década del siglo recién pasado. Sobre esto ya he dado somera cuenta en la Introducción de esta tesis. Ahora procede –también someramente– hacer una valoración “constitucional”, que es lo único que debe interesar aquí.

3.3.3.1. Lo primero que hay que dejar sentado es la legitimidad constitucional de la liberalización, en cualquiera de sus variantes. Privatizar una actividad económica o una empresa pública es una acción tan válida constitucionalmente como la contraria: la reserva de servicios esenciales o la creación de empresas públicas es una facultad, pero no una obligación constitucional impuesta a los poderes públicos⁸⁰. Por su parte, desregular un sector económico fuertemente regulado no es otra cosa que maximizar la libertad de empresa y la economía de mercado consagradas constitucionalmente y, por tanto, está amparada en el artículo 38 CE. En lo que respecta a la liberalización, la Constitución es marco de opciones políticas plurales⁸¹.

⁸⁰ Sobre el carácter facultativo de las normas del artículo 128.2, me remito al capítulo III, apartado 3.3.1.2. Como argumento de autoridad doctrinal, apelo a lo que dijera ya en 1980 LÓPEZ GUERRA: «[e]l carácter potestativo de la acción económica de los poderes públicos se deriva de la previsión citada del art. 128.2, en que, con muy buen criterio, no se dispone la existencia *a priori* de sectores nacionalizados. No hay, pues, una obligación constitucional de que el Estado u otro poder público intervenga forzosamente en algún sector de la economía. Serán las circunstancias, en cada caso, las que determinen la conveniencia de la intervención estatal» [LÓPEZ GUERRA, L.: «Un Estado Social»; en DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L.: *El régimen constitucional español*, tomo I (Labor, 1980), pág. 339.

⁸¹ Así lo ha recordado la STC 197/1996, en cuyo fundamento jurídico 6 se dice: «Tampoco es admisible, en segundo término, el reproche de una insuficiente liberalización del sector petrolero en la Ley 34/1992 por el hecho de haberse mantenido el régimen de distancias mínimas. Siendo claro que la medida impugnada no es contraria a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que el art. 38 CE reconoce, este Tribunal no puede entrar a enjuiciar si la liberalización, cuya realidad se asume por la recurrente, es o no

3.3.3.2. El problema estriba en determinar si ese marco es ilimitado, o si, por el contrario, la Constitución impone límites a la liberalización. Algún límite *formal* existe: la cobertura legal suficiente de las medidas liberalizadoras. Por una parte, toda *despublicatio* debe llevarse a cabo por ley, porque la *publicatio* exige ley (artículo 128.2 CE). Igualmente, toda desregulación en un sector que afecte a regulaciones establecidas por ley, debe hacerse por ley. En ambos casos, estamos ante la simple aplicación del principio de que las leyes se derogan por otras posteriores (artículo 2.2 CC).

Mayores dificultades se presentan con las decisiones privatizadoras. El problema no son las privatizaciones aisladas: estas necesitan cobertura legal, como cualquier decisión del Ejecutivo. La duda se plantea en relación con las privatizaciones masivas, acordadas con arreglo a un plan, que fue lo que aconteció a partir de 1996, bajo el gobierno popular. En mi opinión, cualquier plan masivo de privatizaciones exige una ley (una norma-marco) que fije criterios generales al respecto. La privatización masiva amplía con carácter general el ámbito subjetivo de la libertad de empresa y, según ya he dicho, la maximización facultativa de la libertad de empresa está sujeta a la reserva de ley del artículo 53.1 CE; bien que se trata de una reserva *relativa* (en ningún caso un cheque en blanco), en la que el *quantum* de delegación en la potestad normativa del Ejecutivo es superior al de la actividad ordenadora o al de la actividad maximizadora obligatoria. En consecuencia, un Acuerdo de Consejo de Ministros no es cobertura normativa suficiente para fijar las directrices de un plan masivo de privatizaciones⁸².

"suficiente", pues ello constituye un juicio político o de oportunidad respecto a la acción desarrollada por el legislador. Como se ha dicho desde la STC 11/1981 fundamento jurídico 7.º, la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan diferentes opciones políticas y, por ello, "en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos".

⁸² En contra de esta tesis, la STS de 14-10-1999 (Sala 3.ª), que —en afirmación *obiter dicta*— encontró como cobertura legal del Acuerdo de 1996 el artículo 6.3 de la Ley General Presupuestaria entonces vigente. Pero este

3.3.3.3. Pero la cuestión crucial es si existen límites *materiales* en la Constitución frente a la avalancha liberalizadora. Es una cuestión en la que está directamente implicado el Estado Social *sensu stricto*, el que busca asegurar la libertad e igualdad reales. Y es que los vientos liberalizadores son al mismo tiempo causa y consecuencia de los cambios en el Estado Social, que cada vez se ve menos como Estado *prestador* de servicios y más como Estado *garante* de que los servicios de interés general, prestados por particulares, lleguen a todos⁸³. Pero una cosa es un cambio *en* el Estado Social y otra cosa es un cambio *del* Estado Social, que sólo procede mediante la oportuna reforma constitucional.

Es verdad que de las normas constitucionales que concretan el Estado Social en nuestra Constitución se derivan más posibilidades que exigencias y este es un déficit fundamental de juridicidad del Estado Social. Pero algunas exigencias hay, si quiera mínimas, que no pueden pasar por alto las estrategias liberalizadoras y que conviene simplemente apuntar, porque desbordan el contenido de esta tesis:

- En primer lugar, *hay determinados servicios que no se pueden privatizar totalmente*. No me refiero a los llamados "servicios de soberanía" (defensa, justicia, asuntos exteriores y policía), sobre cuya necesaria prestación pública resulta ocioso argumentar⁸⁴. Me refiero a

artículo, que se limitaba a habilitar al Consejo de Ministros para adoptar, sin otras condiciones, actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del Estado en las empresas mercantiles en las que participaba, no era una ley de privatizaciones. Como tampoco lo era la Ley 5/1995, ley socialista en la que realmente se apoyó el Programa de Privatizaciones del partido popular; y no por socialista, sino porque era una ley que se limitaba a exigir y a regular la autorización administrativa previa a toda venta de acciones en empresas participadas por el Estado (mecanismo similar al de la *golden share*). No era una ley de privatizaciones, sino sobre control de enajenaciones en empresas con participación del Estado.

⁸³ Sobre esta cuestión, me remito a lo dicho en la Introducción de esta tesis.

⁸⁴ «Son regalías y atribuciones de la Corona desde hace siglos, del Estado después; los atributos esenciales sin los que el poder público no se hace reconocible y la soberanía del Estado se diluye» [MUÑOZ MACHADO, S: «Los límites constitucionales de la libertad de empresa»; en COSCULLUELA

determinadas actividades ligadas al Estado Social, cuya privatización total prohíbe la Constitución: cuánto menos, la educación (artículo 27 CE), la seguridad social (artículo 41 CE) y la sanidad (artículo 43 CE)⁸⁵. La educación pública es un derecho fundamental cuyos titulares pueden exigir a los poderes públicos, que admite la coexistencia, pero no su ahogamiento a manos de la enseñanza privada. Los poderes públicos deben mantener un régimen público de Seguridad Social, sin perjuicio de ser complementado (pero sólo complementado) con prestaciones privadas. Por último, los poderes públicos han de *organizar* la salud pública con las prestaciones y servicios necesarios, lo que no obsta para la prestación privada de servicios sanitarios. Los términos de la Constitución son inequívocos y sus consecuencias también: los poderes públicos no pueden eliminar ni la educación, ni la seguridad social ni la sanidad públicas.

- En segundo lugar, *hay ciertos derechos fundamentales que no pueden ser lesionados*. Aparte del derecho a la educación, hay que traer aquí a colación todos los derechos fundamentales de los trabajadores, tanto los que tienen como tales como los inespecíficos. La llamada eufemísticamente "flexibilización" del mercado de trabajo, que no es otra cosa que una desregulación de las relaciones laborales a favor de la libertad de empresa, no puede vaciar de contenido los derechos fundamentales de los trabajadores, y singularmente el derecho al trabajo que, como ha venido a decir el Tribunal Constitucional, prohíbe el despido libre.

- En tercer lugar, *hay determinados grupos sociales que no pueden ser absolutamente desprotegidos*. Me refiero a la familia (art. 39 CE), los

MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, ob. cit., págs. 149].

El que no sean privatizables no impide la existencia de actividad privada complementaria (el arbitraje privado, la prestación de servicios privados de policía), cuya legitimidad esta ligada precisamente a que se desenvuelva en el ámbito de lo complementario.

⁸⁵ Acaso tampoco se puedan privatizar totalmente los medios de comunicación de titularidad pública, al amparo de la previsión contenida en el artículo 20.4 CE: sobre esta cuestión, vid. TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, ob.cit., pág. 277.

propios trabajadores (en lo que dispone el art. 40.2 CE), emigrantes (art. 42 CE), juventud (art. 48 CE), minusválidos (art. 49 CE), tercera edad (art. 50 CE) y consumidores (art. 51 CE). En todos los casos, y sin perjuicio del contenido de la protección (mucho y muy ligada al Estado Social en unos casos -por ejemplo, art. 50-, poca y escasamente ligada al Estado Social en otros -por ejemplo, art. 48-), la Constitución se expresa en términos imperativos: manda hacer aquello que dice que hay que hacer.

Es verdad que –como ya hemos dicho (capítulo III, apartado 3.3.2.1.A)- ni los particulares pueden exigir como derechos el cumplimiento de esas normas, ni los legitimados en el recurso de inconstitucionalidad pueden exigir un determinado nivel de cumplimiento. Pero estos últimos sí pueden impugnar leyes que regulen una determinada materia de forma palmariamente contradictoria con las determinaciones expresas contenidas en tales normas. Y una forma de regulación contradictoria es desregular, eliminar total y absolutamente la regulación protectora de estos grupos: no se puede luchar contra la inactividad legislativa, pero sí contra la actividad legislativa que desentienda total y absolutamente a los poderes públicos frente a la protección debida a estos grupos sociales⁸⁶.

- En cuarto lugar y, en consonancia con lo anterior, *hay ciertos bienes constitucionales que no pueden ser absolutamente desprotegidos*. En el capítulo III del título I, la Constitución ha incluido ciertos bienes a los que ha considerado dignos de protección constitucional: salud (art. 43), cultura (art. 44), medio ambiente (art. 45), patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46) y vivienda (art. 47). Al primero de estos bienes ya me he referido.

⁸⁶ Cosa distinta es defender lo que algún sector de la doctrina alemana dio en llamar la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas en cada coyuntura histórica, que determinaría la inconstitucionalidad de toda norma o medida concreta que viniese a recortar ventajas sociales ya existentes, al menos en lo que se refiere a su núcleo esencial. Como apunta SANTAMARÍA PASTOR, esta tesis es inviable «por la falta de realismo económico que entraña la exigencia de mantenimiento a ultranza (en épocas de grave crisis ...) de situaciones de bienestar y protección social alcanzadas en momentos de prosperidad, lo que puede entrar en conflicto con la capacidad financiera del Estado» [SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 232].

Respecto de todos ellos, valga lo dicho anteriormente para los grupos sociales: la Constitución prohíbe la desregulación total y absoluta.

Pienso particularmente en la vivienda, bien de primera necesidad que no puede quedar al albur ni de las oscilaciones caprichosas del mercado, ni de la especulación de unos cuantos, ni de los experimentos hiperliberaizadores de nuestros poderes públicos. Y ello es así **porque lo dice nuestra Constitución**: los poderes públicos *promoverán* las condiciones necesarias y *establecerán* las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a la vivienda a *todos los españoles, regulando* (medio para tal fin) la utilización del suelo *de acuerdo con el interés general* para *impedir la especulación*. Todas estas cosas las dice el artículo 47 de la Constitución, y las dice sin ambigüedad y en términos claramente imperativos. No caben políticas urbanísticas tan absolutamente desreguladoras que dejen la vivienda en manos de los intereses privados, por mucho que se crea en la famosa mano invisible del mercado.

- Por último y en cuarto lugar, *hay determinados objetivos macro-económicos que no pueden ser absolutamente postergados*. Esto es quizá lo más difícil de argumentar. En el capítulo III (apartado 3.3.1.2.A), había sintetizado en cuatro los objetivos macro-económicos que la Constitución asigna a los poderes públicos: crecimiento económico, estabilidad económica, equidad distributiva (personal y territorial) y pleno empleo. Decía también que los dos primeros sirven al funcionamiento eficiente de la economía de mercado, mientras que los dos últimos sirven al logro del Estado Social en sentido estricto, siendo ambos pares potencialmente contradictorios: dar prioridad a los dos primeros objetivos puede tener efectos negativos en la consecución de los dos segundos y viceversa.

La elección de unos u otros objetivos macroeconómicos entra dentro del margen de libertad de los responsables políticos de turno: esto es innegable, a la luz del principio democrático y del valor del pluralismo político. Como también está dentro de ese margen pensar que el desarrollo políticas liberalizadoras (más mercado y menos Estado) va a

conseguir que se realicen todos esos objetivos económicos, que forman el cuadrado mágico de la economía. No entro en las intenciones (aunque ya se sabe, el infierno está empedrado de buenas intenciones), ni tampoco en la preferencia por uno u otro objetivo: ni aquellas ni esta son inconstitucionales. Pero acaso sí sea inconstitucional una ley o un conjunto de leyes *manifiestamente contradictorias* con cualquiera de estos objetivos macroeconómicos: la persecución de un objetivo no puede hacerse a costa de anular otro. Sé que esto es difícil de controlar, por lo que el control de constitucionalidad debe ser, en consecuencia, un control de *evidencia*: sólo cuando sea palmario y manifiesto que una ley o conjunto de leyes es contradictoria con el objetivo de la equidad distributiva será(n) declarada(s) inconstitucional(es). Al fin y al cabo, el control de evidencia es el control empleado por nuestro Tribunal Constitucional para evaluar la proporcionalidad de las leyes.

No descarto que esta defensa jurídica de un mínimo de Estado Social frente a la liberalización pueda parecer un ejercicio de voluntarismo jurídico. Si es así, no es menor ejercicio de voluntarismo jurídico el buscar un contenido esencial operativo a la libertad de empresa. En ambos casos, se trata de salvar la primacía de la Constitución frente a la ley, en definitiva, de asegurar un mínimo de normatividad a las disposiciones constitucionales. Mi tarea ha consistido en buscar la normatividad constitucional de la disposición en la que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Corresponde a otros la tarea de desarrollar la normatividad de la cláusula de Estado Social. Aquí me he limitado a apuntar que esa normatividad existe, que hay que buscarla y que hay que encontrarla.

CONCLUSIONES

I. En las páginas que he dejado atrás he abordado el enunciado del artículo 38 CE (*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*). Un enunciado original al que el paso del tiempo parece haber sentado muy bien, que ha salido fortalecido con nuestra integración en la hoy Unión Europea y al que la globalización lo ha llevado en volandas al primer plano (de ello he tratado en la Introducción). En este clima favorable he procedido a desentrañar su significado. Es hora, pues, de concluir. Pero concluir, según el diccionario de la RAE, significa no sólo acabar o finalizar una cosa sino determinar y resolver sobre lo que se ha tratado. Antes de acabar, pues, conviene determinar y resolver lo tratado.

II. El trabajo ha estado dividido en dos partes, dedicada la primera al marco (la economía de mercado) y la segunda al derecho fundamental (la libertad de empresa). En torno al marco (Primera Parte), he resuelto en esencia lo siguiente:

1. La "economía de mercado" no es un concepto jurídico (aunque si juridificado nada menos que en la Constitución) sino económico. Tarea previa es desentrañar su significado, acudiendo al auxilio de la ciencia económica. Es lo que se ha hecho en los dos primeros capítulos – dedicados respectivamente al capitalismo y al mercado- y las conclusiones principales son estas:

1.^a Lo que comúnmente se llama capitalismo designa en realidad el capitalismo de mercado, un sistema económico que es la antítesis del socialismo dirigido, pero que también se diferencia del llamado socialismo de mercado y del capitalismo dirigido, sistemas estos últimos inestables y que acaban por derivar hacia alguno de los dos primeros.

2.^a Los elementos definitorios del capitalismo, los que lo identifican como tal, son tres: la propiedad privada de los medios de producción, la libre iniciativa económica privada y el mercado. Ciertamente es que el capitalismo consiente elementos extraños (un cierto grado de propiedad pública, de iniciativa pública y de planificación pública – de no mercado-), pero estos elementos no pueden darse en proporciones desmesuradas, porque de lo contrario se desnaturalizaría el sistema y se transformaría en un sistema económico distinto.

3.^a En particular, el mercado se define como el intercambio a través del mecanismo privado de los precios: esto es lo que tienen de común las diversas formas de mercado (monopolio, oligopolio y competencia perfecta). No define el mercado la competencia, que supone algo adicional al mercado: la rivalidad. El ejercicio de la libre iniciativa económica privada (el *laissez faire*) no siempre conduce a una situación competitiva, lo cual no significa que no sea deseable que haya competencia: el mercado *debe ser* competitivo, pero el mercado no es sinónimo de competencia (y mucho menos de competencia perfecta).

4.^a El mercado a veces funciona mal y los frecuentes fallos de mercado son la principal justificación de la intervención pública en la actividad económica. El problema es el grado y naturaleza de la intervención. Detrás de este problema se esconden dos formas muy distintas de entender el capitalismo, la individualista (de corte anglosajón) y la comunitarista (de corte europeo). La primera versión defiende la intervención del Estado para asegurar el sistema económico establecido, pero también para resolver los problemas de eficiencia del mercado. La segunda versión añade a esas dos funciones un importante papel a favor

de la equidad distributiva, algo a lo que no provee el mercado porque éste no está pensado para ser equitativo, sino eficiente.

2. La Constitución ha incorporado a su texto la economía de mercado. Esta incorporación tiene consecuencias jurídicas. La primera es la delimitación, porque si bien la Constitución no "crea" la economía de mercado (algo obvio), al incorporarla a su seno la "recrea", la delimita con arreglo a sus normas. La segunda es la garantía: la Constitución no sólo delimita lo que incorpora a su seno, sino que también lo garantiza.

2.1. La delimitación ha sido cosa del capítulo III. Mis conclusiones principales son estas:

1.^a. La conclusión básica es que nuestra Constitución ni es neutral en cuanto al sistema económico, ni admite la coexistencia de varios sistemas económicos; sencillamente, ha consagrado un sistema económico determinado: la economía de mercado, esto es, el capitalismo.

2.^a. La libertad de empresa se reconoce *en el marco* de un sistema económico determinado, pero la norma en que se consagra este sistema se *enmarca* a su vez dentro del conjunto de los enunciados económicos de la Constitución. Estos enunciados forman una amalgama caótica a la que he procurado encontrar un orden ("orden económico constitucional", expresión preferible a la de "Constitución económica"), asentado sobre dos pilares: la decisión sobre el sistema económico y las decisiones constitucionales sobre el tipo de Estado con relevancia económica (El Estado Social y Autónomo). Bien entendido que no hay más normas económicas constitucionales que las expresamente formuladas en la Constitución o las que puedan derivarse de la interpretación de aquellas. No existe una "Constitución económica material" al margen de la formal,

como tampoco existe una "Constitución económica en sentido amplio" que englobe, junto con las normas constitucionales, las normas infraconstitucionales que contienen la disciplina básica de la actividad económica privada y pública.

3.^a. La Constitución contiene numerosas normas finalistas (fundamentalmente en el capítulo III del título I), que constituyen razones constitucionales para la actividad económica pública y, por ende, para la limitación de la actividad económica privada. Pero la Constitución no se ha contentado con ofrecer razones para la intervención pública, sino que ha proporcionado directamente instrumentos de intervención (arts. 128.2 y 131 CE). Estas y otras normas dimanan del Estado intervencionista (Estado Social en sentido amplio), dentro del cual se sitúa como especie el Estado Social en sentido estricto, aquel que interviene en las relaciones económicas y sociales guiado por el designio de la igualdad real.

4.^a La relación Estado Central-Comunidades Autónomas en lo económico es una relación descompensada a favor del primero, en virtud de la fuerza expansiva con que el Tribunal Constitucional ha dotado al principio de unidad económica, que tiene dos manifestaciones, la unidad de la política económica y la unidad de mercado. En sede de política económica, el Estado Central tiene un papel protagonista, que ha acentuado el Tribunal Constitucional al interpretar (mutar más bien) la competencia estatal del artículo 149.1.13.^a como competencia de *ordenación general de la economía*, lo que permite a aquél intervenir en todos los sectores económicos atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas.

2.2. La garantía del sistema económico "constitucionalizado", en general, y del mercado en particular, ha sido cosa del capítulo III.

2.2.1. Respecto de la "economía de mercado", mis conclusiones básicas son estas:

1.^a La Constitución no garantiza ningún modelo específico de economía de mercado. La economía de mercado que protege la Constitución es una economía de mercado abierta, en la que caben tantas economías de mercado específicas como quieran los poderes constituidos. Con dos límites: ni caben políticas tan socializantes que acaben con los elementos del sistema económico (propiedad privada, libertad de empresa y mercado), ni caben políticas tan liberales que ignoren por completo que el Estado español es un Estado Social. Esto es, no cabe ni una economía *dirigida* ni una economía *pura* de mercado.

2.^a La defensa constitucional de la economía de mercado "in toto" se articula a través de las tres piezas constitucionales de que se compone: propiedad privada, mercado y libertad de empresa. Esta defensa se proyecta en un triple nivel: el de la *existencia*, lo que significa —en negativo— la prohibición de la abolición por ley de esos elementos y —en positivo— la garantía de un campo de acción razonable para los mismos; el del *contenido esencial*, que impone al legislador el respeto a la imagen maestra de cada uno de esos elementos; y el del *ejercicio concreto* de la actividad económica privada, que se concreta en la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales de propiedad privada y libertad de empresa (art. 24.1 CE).

2.2.2. Respecto del mercado como pieza la "economía de mercado", mis conclusiones básicas son estas:

1.^a El mercado es una forma de organización económica no regulada pero sí reconocida por la Constitución con fines de protección. Es, por

tanto, un instituto con una imagen maestra que merece garantía constitucional (institucional).

2.^a La imagen maestra del mercado nos la proporciona la indagación económica que se hizo en el capítulo II: el mercado es el intercambio a través del mecanismo privado de los precios. Es cierto que el mercado *debe ser* libre y competitivo, pero la libertad y la competencia se protegen a través del reconocimiento de la libertad de empresa.

3.^a La garantía institucional del mercado opera en dos niveles. El primero es el de la *existencia* del mercado en general en implica lo siguiente: en primer lugar, la prohibición por ley de la abolición del mercado y su sustitución por la planificación pública; en segundo lugar, la garantía de un campo razonable de acción para el mercado (los sectores de no mercado no pueden prevalecer sobre los de mercado); en tercer y último lugar, la justificación constitucional del no-mercado. El segundo nivel es el de la *imagen maestra* del mercado; en este nivel (que opera, lógicamente, sobre los sectores de mercado), la protección consiste en la garantía genérica de un espacio de libertad de fijación de las condiciones de intercambio —en particular los precios—, lo que en términos jurídicos se denomina “libertad de contratación”.

4.^a Lo garantizado no es sólo el mercado, sino la unidad del mismo, tanto hacia dentro como hacia fuera. Hacia dentro, la protección la otorga la Constitución española, a través del subprincipio (derivado del principio de unidad económica) de la unidad de mercado, que impone dos exigencias: la prohibición de afectar a la libre circulación de personas y bienes dentro del territorio nacional (artículo 139.2 CE) y la igualdad básica de derechos y deberes de todos los españoles (artículo 139.2 CE). Una y otra cláusula coadyuvan en la práctica a limitar la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas. Hacia fuera, la “Constitución” comunitaria asegura la unidad del mercado comunitario en el que está inserto el mercado español, a través de la proclamación de las llamadas libertades fundamentales del mercado interior (libre circulación de mercancías, libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento,

libertad de prestación de servicios y libre circulación de capitales). De estas libertades se derivan para todos los poderes públicos españoles exigencias de igualdad (de no discriminación) y de libertad (no obstaculización injustificada) a la hora de adoptar medidas que afecten a la libre circulación intracomunitaria.

III. En la segunda parte he abordado el estudio de la libertad "que se reconoce": la libertad de empresa. En sucesivos capítulos, he ido decantándome por las siguientes tesis:

1. En el capítulo V me he enfrentado al problema de la naturaleza de la libertad de empresa. Mis tesis es que la libertad de empresa es un derecho fundamental. A partir de esta afirmación, las conclusiones son estas:

1.ª La libertad de empresa *no* es una garantía institucional, siendo así además que la garantía institucional no puede identificarse con la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Esta separación conceptual es necesaria porque el Tribunal Constitucional ha utilizado la dimensión objetiva o institucional de la libertad de empresa (identificada con el concepto de garantía institucional), para debilitar el derecho subjetivo a la libertad de empresa.

2.ª La libertad de empresa es un derecho subjetivo creado (o re-creado) por la Constitución que, por tanto, vincula al legislador (esta es la manifestación de su fundamentalidad), el cual debe respetar su contenido esencial; aunque también vincula a los demás poderes públicos (Ejecutivo y Judicial), que deben cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que regulan su ejercicio.

3.ª La distinción entre una dimensión subjetiva y otra objetiva debe predicarse, no de la libertad de empresa (que es sólo un derecho

subjetivo creado por la Constitución), sino de la norma que la reconoce: ésta, a la par que reconoce un derecho subjetivo a los ciudadanos (dimensión subjetiva), atribuye a los poderes públicos la competencia de maximizarlos (dimensión objetiva). De la dimensión objetiva se deriva una competencia obligatoria de protección eficaz del derecho y una competencia facultativa de maximización, hasta el límite que representan otros derechos y bienes constitucionales.

4.^a La libertad de empresa es un derecho de libertad y, en cuanto tal, impone a los poderes públicos una obligación de abstención. Desde otra perspectiva, es un derecho absoluto, que no necesita la intervención de terceros para realizar el interés que incorporan. Una y otra perspectiva convergen en considerar la libertad de empresa como un derecho cuya configuración queda básicamente en manos de sus titulares, de manera que la intervención legislativa debe ser básicamente ordenadora y protectora.

2. En el capítulo VI me he ocupado de la determinación del ámbito objetivo y subjetivo de la libertad de empresa, cuestión no exenta de dificultad, habida cuenta de la íntima conexión entre empresario (el presunto sujeto) y empresa (el presunto objeto), hasta el punto de que en el lenguaje económico y en el usual se emplea la voz “empresa” para aludir al empresario; y habida cuenta, sobre todo, de la misma confusión que existe en torno a la noción de empresa desde una perspectiva jurídica. Mis tesis son las siguientes:

1.^a Sujeto activo o titular de la libertad de empresa es el empresario, la persona (física o jurídica) que ejerce la actividad empresarial o, para ser más precisos, la persona a quien se imputa la actividad empresarial. El criterio de la imputación permite distinguir jurídicamente el empresario del sujeto o de los sujetos que dirigen y organizan materialmente la actividad

empresarial. El empresario al que se refiere el artículo 38 CE es el empresario privado: la actividad empresarial pública encuentra su reconocimiento y protección (en régimen de coexistencia, que no de subsidiariedad) en el artículo 128.2 CE. Por lo demás, la titularidad del derecho corresponderá a los extranjeros en función de lo que determinen las leyes o tratados. Como extranjeros privilegiados se sitúan los comunitarios, que gozan –por exigencias comunitarias– de la libertad de empresa en las mismas condiciones que los españoles.

2.^a Sujetos pasivos de la libertad de empresa no son sólo los poderes públicos, sino también los particulares. La libertad de empresa es un derecho por naturaleza susceptible de ejercerse frente a los particulares: frente a otros empresarios (cuando el empresario compite con ellos en el mercado de bienes y servicios, o cuando acude a contratar al mercado de factores), frente a los trabajadores (cuando el empresario ejercer su poder de dirección) y frente a los consumidores (cuando el empresario les ofrece sus bienes y servicios). Todos estos sujetos deben respetar la norma constitucional que reconoce la libertad de empresa (artículo 38 CE), aún cuando no existan leyes que las desarrollen.

3.^a El objeto de la libertad de empresa es precisamente la empresa, una organización creada para producir bienes y/o servicios destinados a ser vendidos en el mercado. Esta organización es un objeto *complejo*: no es sólo un conjunto de personas y bienes, sino un conjunto organizado o bien dispuesto por el empresario, siendo así que esa organización o buena disposición confiere a la empresa un valor añadido. Justamente el ser una actividad organizada bajo la forma de empresa es lo que distingue la actividad empresarial de cualquier otra actividad económica privada. Esta aclaración es importante, porque la Constitución, cuando se refiere a la libertad de empresa, sólo protege la libertad de actividad empresarial.

3. Al crucial asunto del contenido esencial de la libertad de empresa le he dedicado más páginas que a ningún otro asunto. Lo que al final he resuelto en el Capítulo VII se resume así:

3.1 El contenido esencial (contenido constitucional o esencia) de la libertad de empresa lo integran las siguientes posiciones esenciales:

- En cuanto al *inicio*, comprende el derecho a la prohibición justificada del mercado (o a la no prohibición injustificada del mercado); y, en los sectores de mercado, comprende –en positivo- la libertad de iniciar actividades empresariales o libertad de crear empresas y –en negativo- el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial.

- En cuanto al *ejercicio*, como derecho a sostener en libertad la actividad empresarial, comprende las siguientes posiciones esenciales: autonomía de planificación y organización, libertad de contratación –tanto en los mercados de factores como en los de bienes y servicios- y el derecho al beneficio.

- En cuanto al *cese*, comprende –en positivo- la libertad de cesar en la actividad empresarial- y –en negativo- el derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial.

3.2. Este contenido esencial debe ser respetado por el legislador, que es a quien se dirige la regla de respeto al contenido esencial ex artículo 53.1 CE. El legislador puede limitar (afectar negativamente) este contenido esencial, pero hasta un cierto límite. A este respecto, la regla del art. 53.1 CE impone al legislador una doble barrera de *intensidad* de intervención: por una parte, la limitación del legislador no puede ser de tal intensidad que elimine o prive totalmente de sentido al derecho fundamental; por otra parte, y aún cuando no se dé el caso anterior (que es un caso extremo), la intervención no puede ser de tal intensidad que

límite desproporcionadamente el derecho fundamental, porque en este caso estará dificultándolo más allá de lo razonable. La primera es una barrera de intensidad *absoluta*, la segunda es una barrera de intensidad *relativa*, que conduce a la aplicación del principio de proporcionalidad: una y otra coadyuvan a preservar la imagen maestra de la libertad de empresa, como derecho creado por la Constitución.

3.3. Por último, la Constitución prevé como excepción a la regla de respeto al contenido esencial de la libertad de empresa dos supuestos: la reserva de recursos o servicios esenciales y la intervención de empresas (artículo 128.2 CE). El ejercicio de estas técnicas supone *necesariamente* el sacrificio de la iniciativa económica privada, ya sea en relación con un bloque de bienes o servicios (las reservas), ya sea en relación con una o varias empresas concretas (las intervenciones de empresas). La relación entre la norma del artículo 38 y las dos normas del segundo inciso del apartado 2 del artículo 128 es de regla (constitucional) y excepción (también constitucional). No ocurre lo mismo con la planificación a que se refiere el mismo artículo 38 CE, que ha de ser compatible con la libertad de empresa, y que tiene sentido como límite si se la entiende no como una planificación totalmente vinculante o, por el contrario, puramente indicativa, sino como una planificación condicionante de la actividad empresarial.

4. Finalmente, en el capítulo VIII he abordado algunos aspectos pendientes de precisión. Las conclusiones que me interesa poner de relieve son estas:

1.^a La reserva de ley de regulación del ejercicio de la libertad de empresa (art. 53.1 CE) comprende toda intervención general y frontal en los aspectos esenciales del derecho: el ámbito (subjettivo y objetivo) y el

contenido (en sus tres momentos: inicio, ejercicio –desarrollo- y cese). La mayor o menor intensidad de la reserva y, por tanto, la mayor o menor intervención del reglamento, depende del tipo de intervención: la intensidad de la reserva es máxima (y la colaboración del reglamento es mínima) tratándose de la ordenación y protección del derecho, pero se relativiza (y la intervención del reglamento se amplía), tratándose de la maximización no obligatoria del derecho. Por otra parte, las exigencias derivadas de los apartados 1, 6, 7 y 13 del artículo 149 CE hacen que la reserva de ley para la regulación de la libertad de empresa sea básicamente una reserva estatal.

2.^a En caso de conflicto entre los poderes del empresario (que son manifestación de la libertad de empresa) y los derechos fundamentales de los trabajadores el juez debe ponderar, con arreglo al principio de proporcionalidad, siempre que las dos partes hayan ejercido válidamente su derecho y siempre que la ley no haya cerrado el caso particular.

3.^a La liberalización en cualquiera de sus vertientes (desregulación, privatización de actividades o de empresas) es ejercicio legítimo de la competencia de maximización de la libertad de empresa (con fundamento constitucional en la dimensión objetiva de la norma que la reconoce), pero tiene límites, impuestos por la necesidad de preservar un mínimo de Estado Social. Ese mínimo existe y hay que protegerlo, porque la normatividad de la Constitución obliga a ello.

IV. Esta vez sí es hora de acabar. Decía en la Introducción a la Introducción que el binomio libertad de empresa-economía de mercado está de moda. Mi intención ha sido abstraerme de la euforia al respecto y mirar el enunciado del artículo 38 con ojos de jurista y, además, de constitucionalista. Para mí la libertad de empresa es un derecho fundamental, pero un derecho como los demás, aunque a su manera, y como tal la he tratado. Y lo mismo digo del mercado: es un instituto como los demás. Una y otro merecen protección, como merecen protección

todos los enunciados constitucionales. Una y otro pueden ser maximizados por los poderes públicos, en expresión de pluralismo político. Pero todo tiene límites.

Confieso (acaso no deba hacerlo) mi preocupación como ciudadano, pero también como jurista, ante las embestidas que está sufriendo el Estado Social. No tengo dudas de que es bueno que haya dejado de hacer ciertas cosas: por ejemplo, ser empresario. Como tampoco tengo dudas de que ciertas cosas que acaso sigue haciendo debe dejar de hacerlas: por ejemplo, regular hasta la asfixia cada paso que da el empresario en su noble tarea de producir bienes y servicios para el mercado. Pero hay algo a lo que no puede renunciar: a abanderar la corrección de las desigualdades sociales. No sé si la entrega al mercado de la prestación de servicios esenciales, acompañada de obligaciones de servicio público, puede satisfacer convenientemente ese objetivo. El tiempo lo dirá. Lo que sí sé es que el Estado Social que nos dimos los españoles en 1978 no es sólo un Estado asistencial o de pura beneficencia, sino un Estado comprometido con la igualdad real. A la postre, de lo que se trata —como siempre— es de buscar el equilibrio entre libertad e igualdad. Sobre este equilibrio se asienta nuestro entero sistema constitucional.

BIBLIOGRAFIA¹

ALBERTI ROVIRA, E.: *Autonomía Política y Unidad Económica (Las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y de la unidad de mercado)*(Civitas, 1995).

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

ALFARO-ÁGUILA REAL, J: «Autonomía privada y derechos fundamentales»; en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI (1993).

ALONSO UREBA, A.: Voz «Empresa (D. Mercantil)», en MONTROYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas, 1995), vol. II (COR-IND), pág. 2728.

ALONSO SOTO, R: «Derecho de la competencia (I a IV)»; en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (Civitas, 1999).

ARAGÓN REYES, M.:

- «Constitución y derechos fundamentales», 2 *Quaderns de Treball*, (1994).
- *Libertades económicas y Estado Social* (Mc Graw-Hill, 1995).
- *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control* (Ediciones Ciudad Argentina, 1995).
- «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información»; 1 *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (1999).
- «Orden constitucional económico»; en ARAGON REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I (Civitas, 2001).
- «¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?», 112 *Claves de la Razón Práctica* (2001).
- «El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa» (en prensa).

ARGANDOÑA RÁMIZ, A.: «Regulación y liberalización en la economía española»; 21 *Papeles de economía española* (1984), pág. 170.

ARIÑO ORTIZ, G.:

- «La empresa pública», en GARRIDO FALLA, F.: *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2 (IEE, 1981).

¹ Sólo se incluye la bibliografía citada a lo largo de esta tesis.

- «Comentarios introductorios al título VII de la Constitución» y «Artículo 128», en ALZAGA VILAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X (EDERSA, 1985)].
- «Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)»; en VV. AA: *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla* (Editorial Complutense, 1992), vol. 2, pág. 1315.
- *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público* (Marcial Pons, 1993).
- *Principios constitucionales de la libertad de empresa (libertad de comercio e intervencionismo administrativo)* (Marcial Pons, 1995).
- *Principios de Derecho Público Económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)* (Comares, 2001 –2.ª ed.).

ARIÑO ORTIZ (dir.):

- *Liberalizaciones 2000* (Comares, 2000).
- *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003)* (Comares, 2004)..

ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa. Un enfoque contractual* (Ariel, 1990).

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel Derecho, 1996).

BALLARÍN IRIBARREN, J: «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)»; 24 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1988), pág. 283.

BAÑO LEÓN, J.M.:

- «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española»; en 24 *REDC* (1988), pág. 155.
- *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia* (Mc Graw-Hill, 1996).

BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea* (Civitas, 2002).

BARNES, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», 5 *Cuadernos de Derecho Público* (1998).

BARQUERO ESTEVAN, J.M.: *La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho* (125 Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

BASSOLS COMA, M.:

- «La planificación económica», en GARRIDO FALLA, F. (dir.): *El modelo económico en la Constitución española* (Instituto de Estudios Económicos, 1981), pág. 233.
- *Constitución y sistema económico* (Tecnos, 1985).
- «Artículo 131», en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (1996-1999) tomo X, pág. 140.

BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización* (Paidós, 1998).

BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).

BILBAO UBILLOS, J.: «Las políticas de privatización en España»; en GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, R. (coord.): *Políticas de Privatización. Aspectos teóricos, experiencias y casos prácticos* (Dykinson, 2003).

BOCKENFÖRDE, E.W.: *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden Baden, 1993).

CALONGE VELÁZQUEZ, A:

- *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978* (Universidad de Valladolid, 1988).
- «El principio de unidad de mercado en la Constitución»; en GÓMEZ-FERRER MORAN, R. (coord.): *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* (Civitas, 1989).

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Mercado único y libre competencia en la Unión Europea» (Colex, 2003).

CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional* (Civitas, 2000).

CASES PALLARÉS, LI.: *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia* (Marcial Pons, 1995).

CIDONCHA MARTÍN, A.: *Derecho de fundación* (3.2.28), en *Derecho Constitucional III. Los derechos fundamentales. Parte especial* (www.iustel.com).

COASE, R.: *La empresa, el mercado y la ley* (Alianza ed., 1994).

COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)* (Civitas, 2003).

CRUZ VILLALÓN, P.:

- «Formación y evolución de los derechos fundamentales»; en 25 *REDC* (1989), pág. 35.

- «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas» 35 *REDC* (1992).

DEMSETZ, H.: *La competencia perfecta. Aspectos económicos, jurídicos y políticos* (Alianza Universidad, 1986).

DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C.: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios* (Mc Graw Hill, 2001).

DIEZ-PICAZO, L.; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I (Civitas, 1993 -4.ª ed., 1.ª en Civitas).

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I (Tecnos, 1995).

DÜRR, E: Conferencia pronunciada en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a invitación de la Fundación Universidad-Empresa, el 23 de septiembre de 1976 (recogida en *Forum Universidad-Empresa*, Madrid, 1976).

EASTON, D.: *Esquema para el análisis político* (Amorrortu ed., 1969).

ENTRENA CUESTA, R.: «El principio de libertad de empresa»; en GARRIDO FALLA (dir.): *El modelo económico de la Constitución española*, vol. I (Instituto de Estudios Económicos, 1981).

EUCKEN, W.: *Cuestiones fundamentales de la economía política* (Alianza Editorial, 1967 -2.ª ed. española sobre la 3.ª alemana).

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)* (Civitas, 2003), pág. 165.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A.: *La competencia* (Alianza ed., 2000),

FERRER BELTRÁN, J.: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

FONT GALAN, J.I.:

- *Constitución económica y Derecho de la competencia* (Tecnos, 1987).

- «La empresa en el Derecho Mercantil» (cap. 6); en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, Vol. I (Ariel, 1997 -4.ª ed.), pág. 52.

GALGANO, F:

- «La libertà di iniziativa economia privata nel sistema delle libertà costituzionali»; en GALGANO, F. (dir.): *Trattato di Diritto commerciale e pubblico dell'economia*, vol. I (*La Costituzione economica*) (Cedam, Padova, 1977), págs. 510-530.

- *Las Instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales* (Ariel Derecho, 1999 -1.ª ed.).

GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Civitas, 1994).

GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas* (Marcial Pons, 1996).

GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.): *España, economía: ante el siglo XXI* (Espasa Calpe, S.A, 1999).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado»; en *Democracia, jueces y control de la Administración* (Civitas, 1998 —4.ª ed.).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (coord.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española* (Instituto de Estudios Fiscales, 1980).

GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).

GARCÍA ECHEVARRÍA, S.: «El orden económico en la Constitución», en *La Constitución a examen*, Libre Empresa, año II, n.º 8 (septiembre-octubre 1978).

GARRIDO FALLA, F. (coord.): *El modelo económico de la Constitución española* (Instituto de Estudios Económicos, 1981).

GARCÍA GUERRERO, J. L.:

- «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», 10 *Derecho Privado y Constitución* (1996), pág. 117.
- «La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», 50 *Revista Española de Derecho Constitucional* (mayo-agosto 1997), pág. 77.

GARCÍA-PELAYO, M:

- «Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución»; en RAMÍREZ, M: *Estudios sobre la Constitución española de 1978* (Libros Pórtico, 1979).
- «El Estado Social y sus implicaciones»; en *Obras completas* (Centro de Estudios Constitucionales, 1991), vol. II.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Justicia y relaciones laborales. Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador»; 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1998), pág. 227.

GARRIDO FALLA, F. (dir.): *El modelo económico en la Constitución española*, 2 vols, (Instituto de Estudios Económicos, 1981).;

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho* (Tecnos, 1984).

GAVARA DE CARA, J.C.: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo (la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn)* (Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

GEORGE, S. y WOLF, M.: *La globalización liberal. A favor y en contra* (Anagrama, 2002).

GIMENO, J. y GUIROLA, J.A.: *Introducción a la Economía. Microeconomía* (McGraw-Hill, 1997).

GIMENO FELIU, J.M.^a: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al Sector Público de actividades económicas»; en 135 *Revista de la Administración Pública* (1994), pág. 149.

GIRON TENA, J.:

- *Derecho de Sociedades*, tomo I (Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976).

- «Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa»; en VV. AA: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo* (Editoriales de Derecho Reunidas, 1981), pág. 281.

GOMEZ-FERRER MORANT [«La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales»; en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Civitas, 1991).

GOMEZ MONTORO, A.J.: «La titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas: un intento de fundamentación»; 65 *REDC* (2002), pág. 49.

GONDRA, J.M.^a: «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la perspectiva de la teoría general del Derecho)»; 228 *Revista de Derecho Mercantil* (abril-junio 1998), pág. 493.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Thomson-Aranzadi, 2003).

GONZÁLEZ DE LA FE, P. y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, R. (coord.): *Políticas de Privatización. Aspectos teóricos, experiencias y casos prácticos* (Dykinson, 2003).

GREGORY/STUART: *Comparative Economic Systems* (Houghton Mifflin Company, 1985 –2.ª ed.),

HEILBRONER, R.:

- *Naturaleza y lógica del capitalismo* (Península, 1990)
- *El capitalismo del siglo XXI* (Península, 1992)

HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales, 1992 –2.ª ed.).

JIMÉNEZ CAMPO, J.:

- «El legislador de los derechos fundamentales»; en GÓMEZ, U. (dir.): *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto* (Universidad de Oviedo, 1993).
- «Contra la Constitución material»; en VV.AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I (Tecnos, 1997).
- *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Trotta, 1999).
- «Decreto-Ley»; en ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I (Civitas, 2001).

JIMÉNEZ-BLANCO, A.: «Garantía institucional y derecho fundamental en la Constitución»; en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II (Civitas, 1991), pág. 635.

JORDAN GANDULF, J. y ANTUÑANO MARURI, I. (coord.): *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos* (Tirant lo Blanch, 2003).

JUAN ASENJO, O. DE: *La Constitución Económica española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1984).

KELLY, K.: *Nuevas reglas para la nueva economía* (Granica, 1999).

KRIELE, M.: *Introducción a la Teoría del Estado* (Ediciones Depalma, 1980).

LAGUNA DE PAZ, J.C.: «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades»; en PEREZ MORENO, A. (coord.): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo* (Civitas, 1994).

LASHERAS, M.A.: *La regulación económica de los servicios públicos* (Ariel Economía, 1999).

LIPSEY, R.: *Introducción a la economía positiva* (Vicens-Vives, 1989 -3.ª reimpresión).

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercados de empresas* (Comares, 2003, 2.ª ed. Ampliada).

LÓPEZ GUERRA, L.: «Un Estado Social»; en DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L.: *El régimen constitucional español*, tomo I (Labor, 1980).

LORA, P. DE: «Justicia constitucional y deferencia al legislador»; en LAPORTA, F.J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

MALARET, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial* (Civitas, 1991).

MARTÍN ACEÑA, P.: «Naturaleza y orígenes del mercado»; en 6 *Grandes cuestiones de la economía* (Fundación Argentaria, 1995).

MARTINEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J.L.:

- «Nuevo sistema conceptual»; en 3 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1999), págs. 140 a 151.

- «La publicatio de recursos y servicios»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)* (Civitas, 2003), pág. 687.

MARTÍN MATEO, R.: *El marco público de la economía de mercado* (Trivium, 1999, 1.ª ed.).

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.:

- *Derecho Administrativo Económico I* (La Ley, 1988).
- «Principios del sistema económico en la Constitución española»; en *VII Cuadernos de Derecho Judicial* (1996).

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Civitas, 1991).

MARTINEZ COLL, J.L.: *La economía de mercado. Virtudes e inconvenientes* (Universidad de Málaga, 1993).

MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales»; 65 *Cuadernos y Debates* (Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

MEDINA GUERRERO, M.:

- *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Mc Graw-Hill, 1996).
- «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales»; 5 *Cuadernos de Derecho Público* (1998).

MENÉNDEZ, A.:

- *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil (lección inaugural del curso académico 1982-1983 de la Universidad Autónoma de Madrid)* (Universidad Autónoma, 1982).
- «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española»; en VV.AA.: *Centenario del Código de Comercio*, vol. 1 (Ministerio de Justicia, 1986), pág. 45.

MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho mercantil* (Thomson-Civitas, 2003).

MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización y Estado de Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Thomson-Civitas, 2004).

MORTATI, C.: *La Constitución en sentido material* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

MUÑOZ MACHADO, S:

- *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (Civitas, 1982), tomo I.
- «Los límites constitucionales de la libertad de empresa»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)* (Civitas, 2003).
- *Servicio Público y Mercado*, tomo I (Los fundamentos) (Civitas, 1998),

MUÑOZ MACHADO, S. y BAÑO LEON, J.M.: «Libertad de empresa y unidad de mercado»; en VV.AA: *La empresa en la Constitución española* (Aranzadi, 1989).

NOVE, A.: *El sistema económico soviético* (Siglo Veintiuno ed., 1982).

ORIO LLEBOT MAJO, J.: «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)»; 220 *Revista de Derecho Mercantil* (1996), pág. 319 y ss.

OSSENBÜL, F.: «Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn»; 32 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1991), pág. 9 y ss.

OTTO, I. DE.:

- *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Ariel, 1987)
- «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución»; en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO Y PARDO, I.: «*Derechos fundamentales y Constitución*» (Civitas, 1988).

PACE, A.: «La heterogénea estructura de los derechos constitucionales»; 3 *Cuadernos de Derecho Público* (enero-abril 1998), pág. 9.

PALOMEQUE, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

PAPIER, H.J.: «Ley fundamental y orden económico»; en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional* (Marcial Pons, 2001, -2.ª edición en castellano).

PAREJO ALFONSO, L.:

- «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981»; en 3 REDC (1981), pág. 169.
- *Estado Social y Administración Pública* (Civitas, 1983).
- «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social», 10 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1984).
- *Eficacia y Administración. Tres estudios* (MAP/BOE, 1995).

PAZ ARES, C.: «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad»; en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (Civitas, 1999).

PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Ensayo sobre la libertad de empresa»; en VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo IV (Thomson-Civitas, 2003), pág. 5971.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, 1986).

DI PLINIO, G.: *Diritto pubblico dell'economía* (Giuffré ed, 1998).

PORKET, J.L.: *Modern Economic Systems and their transformation* (St Antony's Series, Macmillan Press LTD, 1998).

PRIETO SANCHIS, L:

- *Estudios sobre derechos fundamentales* (Editorial Debate, 1990).
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico* (40 Cuadernos y Debates -Centro de Estudios Constitucionales, 1992).
- «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación»; 11 *Cuadernos de Derecho Público* (2000).
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Trotta, 2003).
- «El juicio de ponderación constitucional»; en LAPORTA, F. J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos*.

QUADRA-SALCEDO, T. DE LA:

- «Comentario introductorio al título VII»; en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir): *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Edersa, 1996-1999), tomo X.
- *Corporaciones locales y actividad económica* (Diputació de Barcelona/Marcial Pons, 1999).

REY MARTÍNEZ, F.: *La propiedad privada en la Constitución Española* (Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.^a: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo* (Marcial Pons, 2000).

ROJO, A.:

- «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española»; 169-170 *Revista Española de Derecho Mercantil* (1983).
- ROJO, A.: «El empresario»; en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho mercantil* (Thomson-Civitas, 2003).

RUBIO LLORENTE, F.:

- «La libertad de empresa en la Constitución», en Borrajo, E (dir.): *La reforma del mercado de trabajo* (Madrid, 1993), pág. 25.
- «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares», 75 *Claves de la Razón Práctica* (1997).

RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (ed.): *Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (Ariel Derecho, 1997).

RUIZ-RICO RUIZ, G.: «La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia»; en 215 *Revista de Derecho Mercantil* (Enero-Marzo 1995), pág. 225.

SAINZ MORENO, F.: «El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional»; en MARTÍN-RETORTILLO, S. et al.: *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas* (Instituto de Estudios Fiscales, 1989), págs. 231 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I (Introducción. Empresa y Sociedades) (Mc Graw Hill, 1997 -20.ª ed.).

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I (CERA, 1991).

SANTOS, V.: «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978»; en RAMÍREZ, M. (ed.): *El desarrollo de la Constitución Española* (Libros Pórtico, 1982).

SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución* (Alianza Universidad, 1982).

SCHNITZER, M.C: *Comparative Economic Systems* (South-Western Publishing Co., 1994 - 6.ª ed.).

SCHOLZ: «Art. 12»; en MAUNZ /DURIG: *Grundgesetz Kommentar*.

SCHOTTER, A.: *La economía libre de mercado. Una valoración crítica* (Ariel, 1987).

SCHUMPETER, J.A.: *Capitalismo, socialismo y democracia* (Aguilar, 1968).

SEBASTIÁN, L. DE : «Alegato contra la desigualdad económica»; en *El País*, 24 de enero de 2000.

SERRA REXACH, E.: «La empresa pública en la Constitución»; en VV.AA.: *La empresa pública española* (Instituto de Estudios Fiscales, 1980).

SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*; edición de Carlos Rodríguez Braun (Alianza ed., 1997).

SOLOZÁBAL, J.J.:

- «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en 71 *Revista de Estudios Políticos*, pág. 87.
- «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en 32 *REDC*, pág. 73.
- «Principialismo y orden constitucional»; en 2 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1998), pág. 199.
- «Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales»; 4 *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2001).

SOUVIRÓN, J.M. y DE LA CUÉTARA, J.M.: «La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos»; en ARIÑO, G. (dir.): *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados* (Comares, 2004), 2 tomos.

STIGLITZ, J.E.: *Microeconomía* (Ariel, 1998 –de la segunda edición inglesa).

TENA PIAZUELO, V.: *La unidad de mercado en el Estado Autonomico* (Escuela Libre Editorial, 1997).

TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución* (Marcial Pons, 1997).

THUROW, L.:

- El futuro del capitalismo* (Ariel, 1996)
- Head to head: the coming economic battle among Japan, Europe and America* (Morrow, 1992)

TUDELA ARANDA, J.: «A vueltas con el artículo 149.1:1.ª de la Constitución. Un precepto para dos visiones del Estado»; en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Estudios de Derecho*

Público Económico (libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín Retortillo) (Civitas, 2003), pág. 251.

URRUTIA, J. «Constitución y ciencia económica. Una nota a favor de la reforma constitucional»; en *20 Claves de la razón práctica* (1992).

URÍA, R: *Derecho Mercantil* (Marcial Pons, 2003 –24.ª ed.)

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (Civitas, 1999).

VV. AA.:

- *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, 4 vols. (Cortes Generales, Servicio de estudios y publicaciones, 1980).
- *La empresa pública española* (Instituto de Estudios Fiscales, 1980).
- *The New Palgrave: a Dictionary of Economics* (MacMillan, 1987).
- *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas, 1995).

VELARDE FUERTES, J. otros: *Reforma y liberalización económica. Los decretos-leyes de junio de 1996* (Civitas, 1996).

VIVER PI I SUNYER, C:

- «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2)»; en *IEA: La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias* (1992).
- «Finalmente una amplia autonomía de baja calidad»; en el diario *El País* de 6 de febrero de 2003.

WOLF, Ch.: *Mercados o Gobiernos (elegir entre alternativas imperfectas)* [Instituto de Estudios Fiscales, 1993].

WROBLESKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Civitas, 1988).

Reunido el Tribunal que suscribe en el día
de la fecha, acordó conceder a la presente
Tesis Doctoral la calificación de:

Sobresaliente cum laude por unanimidad/

Madrid: 23 de julio de 2004




